Die Untreue in § 266 St.G.B. verglichen mit ihrer Regelung in § 348 des Entwurfs von 1930.

Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

vorgelegt von

Bernd Robota
Referendar in Breslau

1933

Druck: Frankensteiner Zeitungs- und Druckereigesellschaft m. b. H.
Frankenstein (Schlesien)

Die Untreue in § 266 St.G.B. verglichen mit ihrer Regelung in § 348 des Entwurfs von 1930.

Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

vorgelegt von

Bernd Robota
Referendar in Breslau

1933

Druck: Frankensteiner Zeitungs- und Druckereigesellschaft m. b. H.
Frankenstein (Schlesien)

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

Berichterstatter: Professor Dr. Nagler

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Literatur-Verzeichnis.

I. Lehrbücher, Kommentare, Monographien usw.

Allfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, begr. von H. Mayer. 8. Auflage. 1922.

Ammon: Die Untreue. Diss. Tübingen 1894.

Aschrott-Kohlrausch: Krit. Bespr. d. Amtl. Entw. eines Allgem. Deutsch. St. G. B., Berlin, Leipzig. 1926.

Binding: Handbuch I. Band 1885.

Binding: Lehrbuch. Besonderer Teil, I. Band, 2 Aufl. 1902; II. Band, 2. Aufl. 1904.

Binding: Grundriß des gemeinen deutschen Strafrechts. Leipzig 1907.

Binding: Die Normen und ihre Uebertretung, II. Band 1914/1916. IV. Band 1919/20.

Cartier: Der objektive Tatbestand der strafbaren Untreue. Diss. Basel 1902.

Draheim: Untreue und Unterschlagung. In Strafrechtl. Abhandlungen. Heft 39. 1901.

Ebermayer-Lobe-Rosenberg: Das Reichsstrafgesetzbuch. 4. Aufl. 1929. (Leipz. Kom.)

Ebermayer: Im Handwörterbuch Bd. VI., S. 290.

Engelhardt: Die Untreue. Diss. Würzburg. 1902.

Enneccerus: Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. I. 1924.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 16. Aufl. 1925.

Freudenthal: Die Untreue. In Vergleichende Darstellungen. Bd. 8. 1906.

Gerland: Deutsches Reichsstrafrecht. Leipzig 1922.

Grunow: Die Untreue des Bevollmächtigten, Magdeburg 1897.

Hälschner: Das gemeine deutsche Strafrecht. Bd. 2. Bonn 1884.

Hegler: Die Systematik der Vermögensdelikte im Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie Bd. 9 und 10 herausgegeben von Kohler und Berolzheimer. Berlin, Leipzig 1916/1917.

Hellwig-Oertmann: System des Deutsch. Zivilprozeßrechts. 2. Teil, Abt. 2. Leipzig 1919.

Herrmann, Friedrich: Die Untreue des § 266 und der verwandten Tatbestände in den Nebengesetzen sowie ihre Behandlung in d. dtsch. Entw. Diss. Köln 1926.

v. Holtzendorff-Merkel: Handbuch des deutschen Strafrechts. Bd. 3, 1872.

König, Heinrich: Die Untreue im geltenden deutschen Strafrecht und in den Entw. Diss. Marburg 1928.

Koffka: Betrug und Untreue in „Die Reform des Reichsstrafgesetzbuches" von Aschrott und Liszt. Bd. II. Besonderer Teil. Berlin 1910.

Koffka, Elsa: in Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft. Bd. 48.

Kohler: Leitfaden des Deutschen Strafrechts. Leipzig 1912.

Konrad: Die Untreue des Bevollmächtigten. Diss. Erlangen 1900.

Kronecker: Bemerkungen zu einzelnen Urteilen des RG. in Goltd. Archiv 34.

Leopold: Zum Tatbestand der strafbaren Untreue; v. Lilienthals Hefte 94.

v. Liszt-Schmidt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 25. Aufl. 1927.

Mayer, Hellmuth: Die Untreue im Zusammenhang der Vermögensverbrechen. München, Leipzig, Berlin 1926.

Merkel: Lehrbuch des Strafrechts 1889.

Mayer, H.: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. V. Aufl., Leipzig 1895.

Oberstadt: Die Untreue im geltenden Reichsstrafgesetzbuch und in den deutschen Strafgesetzentwürfen. Diss. Tübingen 1930.

Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch. 11. Aufl. 1927.

Oppenheim: Die Objekte des Verbrechens. Basel. 1894.

Oetker:: Dr. H. Mayer, Die Untreue im Zusammenhang der Vermögensverbrechen, in Gerichtssaal, Bd. 94. S. 277 ff.

Planck: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz 1897.

Rubo: Komm. über das St. G. B. für das Deutsche Reich, Berlin 1879.

Schmidt: Grundriß des deutschen Strafrechts von Richard Schmidt. Leipzig 1925.

Schütze: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 2. Aufl. Leipzig 1874.

Schwarze: Sächsisches Strafgesetzbuch von 1868 und Komm., 1868.

Schwartz: Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich mit Kommentar. Berlin 1914.

Seidl: Die Untreue nach dem V. E. und G. E., Erlangen 1913.

Voß: Ueber die zivilrechtliche Natur der Einsprüche Dritter in der Exekutionsinstanz. In Gruch. Beitr. Bd. 23, S. 232 ff.

Weismann: Lehrb. d. Zivilprozeßrechtes, 2. Bd. Stuttgart 1905.

II. Gesetzgebungs-Vorarbeiten.

Entwürfe: Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch (mit Begründung) Berlin 1909.

Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuches mit Begründung. Berlin 1911.

Entwürfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch.

I. Teil Entwurf der Strafrechtskommission 1913.

II. Teil Entwurf von 1919.

III. Teil Denkschrift zu dem Entwurf von 1919.

Amtlicher Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches.

I. Teil Entwurf Berlin 1925.

II. Teil Begründung Berlin 1925.

Amtlicher Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung und 2 Anlagen. Berlin 1927.
Entwurf eines Allgemeinen deutsch. Strafgesetzbuches nach den Beschlüssen der ersten Lesung des Deutschen Reichtagsausschusses und den Deutschen und Oesterreichischen Strafrechtskonferenzen, vom 21. Februar 1930.

Mot. z. Entw. d. St. G. B. f. d. pr. Staaten v. 1847.

III. Zeitschriften und Entscheidungen.

Deutsche Juristen-Zeitung (cit. D. J. Z.)

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (cit. RG.)

Entscheidungen des Reichgerichts in Zivilsachen (cit. RGZ.)

Der Gerichtssaal, Zeitschrift für Zivil und Militär. Strafrecht und Strafprozeßrecht sowie die ergänzenden Disziplinen.

Juristische Wochenschrift (cit. J. W.)

Goltdammer: Archiv für preußisches und deutsches Strafrecht (cit. GA.)

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (cit. Z. St. W.)

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543114_0114

Inhaltsangabe.

A. Einleitung. S. 1

B. Die Untreue in § 266 St. G. B. verglichen mit ihrer Regelung in § 348 d. Entw. eines Allgem. Deutsch. Strafgesetzbuches v. 1930. S. 2

I. Das Wesen der Untreue und ihr Verhältnis zu den Tatbeständen der übrigen Vermögensdelikte im geltenden Recht.

§ 1. Uebersicht über den Stand der Meinungen. S. 2

§ 2. Eigene Stellungnahme. S. 6
Insbesondere: H. Mayer: Der wahre Gehalt der Binding'schen These. S. 17

§ 3. Das Wesen der Untreue in § 348 d. Entw. v. 1930. S. 18

II. Untreue nach § 266 St. G. B. und § 348 d. Entw. v. 1930. verglichen nach Subjekt.

§ 4. Die Subjekte in § 266 St. G. B. S. 20

§ 5. Die tauglichen Delikssubjekte des § 348 Abs. 1 d. Entw. v. 1930. S. 25

III. Untreue nach § 266 St. G. B. und § 348 Abs. 1 verglichen nach Objekt und Handlung.

§ 6. Objekt und Handlung im geltenden Recht. S. 28

§ 7. Objekt und Handlung in § 348 Abs. 1 d. Entw. v. 1930. S. 40

IV. Untreue nach § 266 St. G. B. und § 348 Abs. 1 d. Entw. v. 1930. verglichen nach subjektivem Tatbestand.

§ 8. Der subjektive Tatbestand des § 266 St. G. B. S. 43

§ 9. Der subjektive Tatbestand des § 348 Abs. 1 d. Entw. v. 1930. S. 44

V. Untreue nach § 266 St. G. B. und § 348 Abs. 1 d. Entw. v. 1930. verglichen nach Strafen.

§ 10. Die Strafe in § 266 St. G. B. S. 46

§ 11. Die Straffestsetzung in § 348 Abs. 1 d. Entw. v. 1930. S. 47

VI. § 12. Der zweite Untreuefall d. Entw. v. 1930. in § 348 Abs. 2. S. 48

C. Rückblick. S. 52

A. Einleitung.

Betrachtet man die einzelnen Tatbestände der Vermögensverbrechen in unserem geltenden Strafrecht, so ist es besonders der Tatbestand der Untreue in § 266 St. G. B., der, schon rein äußerlich betrachtet, die Spuren einer nicht abgeschlossenen Entwicklung an sich trägt. Denn während die Tatbestände der Aneignungsdelikte (wie z. B. des Diebstahls) und der Bereicherungsdelikte (wie z. B. des Betruges) durch die einheitliche Umschreibung des Subjekts und Objekts der Handlung und der Handlung selbst eine abgeschlossene Entwicklung unverkennbar an sich tragen, erscheint der Tatbestand der Untreue, der die möglichen Subjekte seiner Handlung in 18 Personenklassen scheidet, die Handlung selbst und das angegriffene Rechtsgut in dreifacher, verschiedener Art umschreibt, noch mitten in der Entwicklung begriffen. Die notwendige Folge davon war, daß besonders die Praxis bei Anwendung dieses Gesetzes stets mit Schwierigkeiten zu kämpfen hatte, und daß daher das Reichsgericht sich hierbei immer wieder vor neue, grundsätzliche Entscheidungen gestellt sah. Diese Schwierigkeit wurde dadurch noch vergrößert, als sich auch die Rechtslehre in der grundsätzlichen Erfassung des Deliktes der Untreue keineswegs einig war, sondern vielmehr auf Grund der verschiedenen Auffassungen zu einer verschiedenartigen Bestimmung des möglichen Subjektes, des möglichen Objektes und schließlich der Handlung selbst gelangte. Wie bei keinem anderen Delikt war es daher Sache der Neukodifikation unseres Strafrechtes, einen Untreuetatbestand zu schaffen, der den Forderungen der Wissenschaft und Praxis in gleicher Weise gerecht wird.

Inwieweit de lege ferenda diese Aufgabe gelöst erscheint, soll an Hand eines Vergleiches der geltenden Untreuebestimmung in § 266 St. G. B. mit ihrer neuesten Fassung in § 348 des Entw. von 1930 in vorliegender Arbeit dargestellt werden.

B.

Die Untreue in § 266 St. G. B. verglichen mit ihrer Regelung in § 348 des Entw. v. 1930.

§ 266 St. G. B. teilt die Subjekte der Untreue in drei Klassen von Personen ein, die er einzeln aufzählt, er gebraucht fernerhin in den drei verschiedenen Fällen (Ziff. 1—3) drei verschiedene Ausdrucksformen für die Begehung dieses Deliktes, indem dort einmal in Ziff. 1 von „Handeln zum Nachteil", in Ziff. 2 von „Verfügen zum Nachteil" und schließlich in Ziff. 3 von „Benachteiligen" schlechthin die Rede ist.

Die notwendige Folge dieser kasuistischen Fassung der geltenden Untreuenorm und die durch sie bedingte Lückenhaftigkeit machte sich bald nach ihrem Inkrafttreten in einer Fülle von Streitfragen bemerkbar, die vor allem darin gipfelten, wer im Einzelfalle als taugliches Subjekt der Untreue anzusehen ist, und wann dieses Subjekt eine Untreuehandlung begeht. Die Stellungnahme zu diesen strittigen Fragen hängt in erheblichem Umfange von der Beantwortung der Frage nach dem Wesen der Untreue ab. Bevor daher zu den Einzelheiten unseres Gesetzestatbestandes Stellung genommen wird, erscheint es notwendig, zunächst einmal das Wesen der Untreue und ihr Verhältnis zu den anderen Vermögensdelikten zu erörtern.

I. Das Wesen der Untreue und ihr Verhältnis zu den Tatbeständen der übrigen Vermögensdelikte im geltenden Recht.

§ 1. Uebersicht über den Stand der Meinungen.

Das Wesen der Untreue, die Frage nach der typischen Art ihrer Begehung, hat in Rechtslehre und Rechtsprechung verschiedenartige Auslegung gefunden. Einig ist man sich heute nur darin, daß die Untreue ein reines Vermögensdelikt ist, und nicht etwa, wie in der älteren Literatur[1]) zum Teil noch behauptet wurde, auch den Angriff auf andere Rechtsgüter der geschützten Personen, wie z. B. Freiheit, Ehre und Körperintegrität unter Strafe stellt. Im übrigen sind unter den verschiedenen Ansichten über das Wesen der Untreue hauptsächlich drei Meinungen zu unterscheiden:

[1]) Rubo Nr. 1 zu § 266, Mayer, S. 632, Ammon, S. 44.

Zunächst ist es die Anschauung des Reichsgerichts, die wohl als die herrschende bezeichnet werden kann; seine Auffassung gipfelt in dem Satz: „Das wesentliche der Straffestsetzung in § 266 St. G. B. ist der Vertrauensbruch, die Verletzung der besondern, dem Bevollmächtigten obliegenden Pflicht zur Treue.“ [1])

Dabei geht das Reichsgericht und diejenigen Schriftsteller [2]) die sich seiner Ansicht angeschlossen haben, von folgender Erwägung aus: Die Verletzung obligatorischer Rechtsverhältnisse mache im allgemeinen nur zivilrechtlich haftbar. Die Rechtsverhältnisse aber, welche die in § 266 Ziff. 1—3 genannten Personen zu tauglichen Subjekten der Untreue machen, unterschieden sich dadurch wesentlich von den übrigen Schuldverhältnissen des Zivilrechts, daß ihnen eine besondere Pflicht zur Treue für den Verpflichteten innewohne. Diese besondere Treupflicht mache sie über die ipso jure bestehenden zivilrechtlichen Folgen ihrer Verletzung hinaus eines besonderen Strafrechtsschutzes würdig, der in § 266 St. G. B. seinen Niederschlag gefunden habe. [3]) Die Verletzung dieses besonderen Vertrauens allein, das in den Täter auf Grund dieser Rechtsverhältnisse gesetzt werde, sei der innere Grund seiner strafrechtlichen Verantwortlichkeit. [4])

Hieraus ist zu ersehen, daß nach der Ansicht des R. G. der Umstand, daß der Täter der Untreue Vertreter und als solcher rechtlich befugt ist, über das Vermögen des Vertretenen zu verfügen, eine sehr geringe Rolle spielt. Dieser Umstand kommt vielmehr nur als Voraussetzung in der Person des Täters in Betracht, dagegen wird keineswegs gefordert, daß seine Handlung gerade auf Grund des Rechtsverhältnisses erfolgt, das ihn zur Wahrnehmung fremder Interessen befähigt. Es genügt vielmehr schon, daß die benachteiligende Handlung nicht außerhalb jedes Zusammenhanges mit der erteilten Vertretungsbefugnis steht. [5])

Die Untreuehandlung selbst braucht nach dieser Theorie keinesfalls stets eine rechtsgeschäftliche zu sein. Auch eine das Vermögen des Schutzbefohlenen benachteiligende tatsächliche Handlung des Täters aus § 266 ist Untreue, wenn sie nur einen Treubruch in sich birgt. Deswegen ist es hier für eine Bestrafung aus § 266 St. G. B. völlig unmaßgeblich, ob das Rechtsverhältnis, das zur Erteilung der rechtlichen Verfügungsmacht des Täters Anlaß gab, nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts beurteilt, gültig oder ungültig ist, ebenso wie es gleichgültig ist, ob die Vollmachtserteilung selbst den Anforderungen der zivilrechtlichen Bestimmungen hierüber genügt. [6]) Der Tatbestand der Untreue ist vielmehr nach Ansicht des R. G. auch dann erfüllt, wenn die Machtstellung des Täters, die ihm eine besondere Treupflicht auferlegt,

[1]) R. G. 38/363.
[2]) Ammon S. 60, Konrad S. 21, Schwartz N. I. zu § 266. u. a. m.
[3]) Vgl. R. G. 17/241, 26/109, 38/366, 41/26.
[4]) R. G. 17/241.
[5]) R. G. 32/26.
[6]) Vgl. R. G. 41/265, 61/1.

nur tatsächlich besteht, vom zivilrechtlichen Standpunkt aus betrachtet dagegen ungültig ist.

Freudenthal[1]), als der bedeutendste Vertreter[2]) der zweiten Ansicht, sieht das Wesen der Untreue in der Verletzung der auf Gesetz oder Vertrag beruhenden Rechtspflicht, für fremdes Vermögen zu sorgen.[3]) Nach seiner Lehre ist also das Primäre der Untreuebegehung die Pflichtverletzung des Machtbegabten gegenüber dem Machtgeber im Innenverhältnis.

Im Einklang mit der Ansicht des R. G. soll es auch nach der Lehre Freudenthals gleichgültig sein, ob die Handlung des Täters gerade im Mißbrauch seiner rechtlichen Verfügungsmacht besteht oder nicht, m. a. W. eine rechtsgeschäftliche sein muß. Auch eine sonstige den Machtmißbrauch nach außen nicht enthaltende tatsächliche Handlung soll Untreue sein, wenn sie nur eine Verletzung des obligatorischen Rechtsverhältnisses zwischen Machtgeber und Machtbegabten enthält. Demnach ist es auch hier nicht erforderlich, daß der Täter gerade auf Grund des Rechtsverhältnisses gehandelt hat, das ihn zum tauglichen Subjekt des § 266 St. G. B. macht. Jede Handlung ist vielmehr Untreue, durch die der Täter seiner auf Vertrag oder Gesetz beruhenden Pflicht zur Fürsorge über fremdes Vermögen zuwiderhandelt.[4])

Besondere Erwähnung verdient in diesem Zusammenhange die Theorie H. Mayers.[5] In Anlehnung teils an die Anschauung des R. G., teils an die Lehre Freudenthals sieht er das Wesen der Untreue im Treubruch, „der sich in der Verletzung der besonderen Amts- oder Vertragspflicht der in Ziff. 1—3 genannten Personenklassen manifestiert. Diese Amts- oder Vertragspflicht soll aber nicht nach den Grundsätzen des Zivilrechtes beurteilt werden, sondern eine spezifisch-strafrechtliche sein. Freiem richterlichem Ermessen soll es überlassen sein, ob der Täter im Einzelfalle durch die Handlung seine Amts- oder Vertragspflicht verletzt habe, mithin als taugliches Subjekt aus § 266 St. G. B. in Frage komme oder nicht.[6]) Die Untreuestrafbestimmung des § 266 St. G. B. sei nicht zum Schutze des zivilrechtlichen Instituts der Vollmacht geschaffen, zumal da sie keineswegs gültige obligatorische Beziehungen zwischen Machtgeber und Machtbegabtem voraussetze.

Vertreter der dritten Ansicht innerhalb des Streites um das Wesen der Untreue ist vor allem Binding[7]). Er sieht die spezi-

---

[1]) Freudenthal a. a. O., S. 116, 117.

[2]) Begründer dieser Lehre ist Oppenheim, a. a. O., S. 233 ff.

[3]) Freudenthal, S. 114: „Die typische Art der Untreuebegehung ist die Verletzung der Rechtspflicht, für fremdes Vermögen zu sorgen."

[4]) Die Ansicht Freudenthals vertreten fernerhin v. Olshausen, S. 1436, Draheim, S. 65/68, ähnlich Wegner in J. W. 1929 I., S. 242 ff.

[5]) a. a. O. S. 175, ebenso S. 45 vgl. auch S. 74, 79, 187.

[6]) H. Mayer S. 187.

[7]) Binding Lehrb. I. S. 396, der gleichen Gedankenrichtung gehören an: Frank, S. 564, Hegler, a. a. O. S. 252, Kohler S. 126 ff., Gerland, S. 517, Cartier, S. 96, ff. Leopold, S. 12, ff. und jetzt auch v. Liszt-Schmidt, S. 654.

fische Art der Untreuebegehung in dem Mißbrauch der dem Täter gesetzlich oder rechtsgeschäftlich eingeräumten Machtstellung zum Zwecke der Vermögensschädigung. Die Handlung muß nach Binding gerade auf Grund des Rechtsverhältnisses vorgenommen sein, dem der Täter seine Fähigkeit, über fremdes Vermögen zu verfügen, verdankt, mithin rechtlicher Natur sein. Handlungen tatsächlicher Art, die das Vermögen des Machtgebers schädigen, können nach Bindings Ansicht niemals Untreue sein. Immer muß vielmehr zur Erfüllung des Untreuetatbestandes ein Mißbrauch der rechtlichen Verfügungsmacht durch den Täter nach außen hin gegeben sein.

Unlösbar verbunden mit der Frage nach dem Wesen der Untreue ist die weitere nach ihrem Verhältnis zu den übrigen Vermögensdelikten. Ist die Untreue als Vermögensdelikt durchaus selbständigen Inhalts nur in ihrer eigenen Form begehbar oder kann sie auch mit den anderen Vermögensverbrechen, wie z. B. der Erpressung, dem Betrug oder den Eigentumsdelikten, wie z. B. dem Diebstahl, der Unterschlagung, in Tateinheit begangen werden?

Das R. G. und diejenigen Schriftsteller, die sich seiner Ansicht vom Wesen der Untreue angeschlossen haben, bejahen einheitlich die Frage: „Enthält der Treubruch den Tatbestand anderer Vergehen, wie des Diebstahls, der Unterschlagung oder des Betruges, so sind die Grundsätze von der idealen Konkurrenz maßgebend.“ [1])

Für die Möglichkeit einer Idealkonkurrenz zwischen Untreue und den übrigen Vermögensdelikten sprechen sich auch diejenigen Schriftsteller aus, die das Wesen der Untreue in der Verletzung der Rechtspflicht zur Vermögensfürsorge erblicken, So sagt Freudenthal: [2])

„Die Möglichkeit einer Idealkonkurrenz der Untreue mit den anderen Vermögensdelikten wird sich nicht leugnen lassen; sie tritt ein, sobald die benachteiligende Handlung die Form eines anderen Vergehens, etwa eines Eigentumsdeliktes, annimmt.“ [3])

Dagegen halten diejenigen Schriftsteller, die das Wesen der Untreue in dem Mißbrauch rechtlicher Verfügungsmacht erblicken, eine Idealkonkurrenz der Untreue mit den übrigen Vermögensdelikten nicht für möglich.

So sagt Binding: [4])

„Die Untreue ist ein Vermögensverbrechen durchaus selbständigen Inhalts. Raub, Erpressung, Diebstahl, Sachbeschädigung können nie Untreue sein.“

Es wird Aufgabe des folgenden Paragraphen sein, zu diesem Streit der Meinungen Stellung zu nehmen.

---

[1]) R. G. 3/284, 16/343.

[2]) S. 123.

[3]) Vgl. auch Draheim S. 58. Olshausen S. 1470.

[4]) S. 397; ebenso Frank S. 567. Cartier S. 104, Leopold S. 24, Engelhardt, S. 11.

§ 2. Eigene Stellungnahme.

Die Anschauung des R. G. und seiner Anhänger, die das Wesen der Untreue im Treubruch, in der Verletzung besonderer Vertrauensverhältnisse erblickt, kann — auch vom Standpunkt des geltenden Rechts — keine Anerkennung beanspruchen.

Wesentliche Voraussetzung dieser Theorie nämlich ist es, daß jeder der in § 266 St. G. B. genannten Täter in einem besonderen Vertrauensverhältnis, dessen Verletzung den Treubruch bewirkt, steht. Mit dem Vorhandensein dieser Voraussetzung aber steht und fällt die Treubruchstheorie.[1])

Es ist in der Literatur[2]) überzeugend nachgewiesen worden, daß nicht alle Subjekte des § 266 St. G. B. in einem besonderen Vertrauensverhältnis zu den geschützten Vermögensträgern stehen. Hierfür spricht vor allem die Existenz der Ziff. 2 des § 266 St. G. B., der aber gerade im Hinblick auf die Verhältnisse des täglichen Lebens die größte Bedeutung innerhalb des gesamten Untreuetatbestandes zukommt.

Es ist nicht zutreffend und von den Vertretern der Treubruchstheorie nie überzeugend nachgewiesen worden, daß der Bevollmächtigte ein besonderes Vertrauen von seiten seines Machtgebers genießt. Dies geht schon allein daraus hervor, daß es sich hierbei um eine gewillkürte Stellvertretung handelt, die mit den Fällen der gesetzlichen Stellvertretung der Ziff. 1 und der besonderen Vertrauensstellung, die diese Personen innehaben, auch nicht annähernd konkurrieren kann. Alle zivilistischen Rechtsgeschäfte erfordern ein gewisses Maß von Vertrauen. Man leiht jemandem seine Sache in dem Vertrauen, daß dieser sie ordnungsgemäß behandeln werde. Gleiches gilt für den Verwahrer, ja man kann das Beispiel selbst auf den Käufer oder Verkäufer ausdehnen. Denn auch wenn ich jemandem eine Sache auf Abschlagszahlung verkaufe, so schenke ich ihm ein ganz erhebliches Maß von Vertrauen, und wenn ich von jemandem eine Sache kaufe, so vertraue ich ihm, daß sie nicht mit heimlichen Mängeln behaftet ist. Dann aber ist die Tatsache, daß § 266 Ziff. 2 St.G.B. nur den Bevollmächtigten als tauglichen Täter aufführt, völlig ungerechtfertigt.

Wenig stichhaltig ist der Einwand H. Mayers,[3]) der diesen Gedankengang zu widerlegen sucht. Nach ihm handelt es sich hierbei nicht darum, daß den Subjekten des § 266 ein besonders großes Vertrauen erwiesen wird, sondern vielmehr, daß ihnen eine Vertrauensstellung besonderer Art eingeräumt wird, die ihnen die Möglichkeit bietet, den Auftraggeber auf die verschiedenste Art zu benachteiligen.

Damit widerlegt H. Mayer m. E. sich selbst. Denn erfordert das Rechtsverhältnis zwischen Vollmachtgeber und Bevollmäch-

[1]) von Cartier, S. 100, als erstem so genannt.
[2]) Vgl. Cartier, S. 101, Leopold, S. 13, Olshausen S. 1437.
[3]) S. 122.

tigtem kein besonders großes Vertrauen, so kann die Art des eingeräumten Vertrauens ebenfalls nicht als entscheidendes Kriterium verwendet werden. Denn auch diese wird sich wieder danach charakterisieren, welches Vermögensobjekt auf dem Spiele steht. Dem Verwahrer oder Entleiher meiner kostbarsten Vermögensstücke räume ich eine viel höhere Art meines Vertrauens ein, das er auf viel mannigfachere und empfindlichere Weise mißbrauchen kann, als dem Bevollmächtigten meines ohnehin schon dem Konkurs geweihten Unternehmens.

Gegen die Treubruchstheorie des R.G. spricht aber auch m. E. noch folgendes:

Wie oben [1]) erwähnt, kommt es nach der Anschauung des R.G. für eine Bestrafung aus § 266 Ziff. 2 St.G.B. nicht auf die Gültigkeit des der Vollmachtserteilung zu Grunde liegenden Rechtsgeschäftes an, „weshalb der Begriff des Bevollmächtigten dadurch nicht ausgeschlossen wird, daß die Vollmacht wegen Verstoßes gegen die guten Sitten zivilrechtlich nichtig ist.“[2])

Es sei hier zunächst einmal gegen die in diesen Worten zu Tage tretende Vermengung von Auftrag und Vollmacht, von Außen- und Innenverhältnis nicht polemisiert. Man fragt sich aber mit Recht, worin bei Unsittlichkeit des Kausalverhältnisses dann noch eine besondere Treupflicht zu finden ist, deren Verletzung das Wesen der Untreue angeblich ausmachen soll. Es ist ein Unding, in einem solchen Fall von einem Treuverhältnis überhaupt zu sprechen. So auch H. Mayer:[3]) „Es kann doch unmöglich die Aufgabe des Strafrechts sein, die Gaunermoral zu festigen und die Abreden von Räuberbanden unter Strafschutz zu stellen und sie dadurch zu festigen. Der Begriff des Treuverhältnisses verliert überhaupt jeden Sinn, wenn er die Gaunertreue mitumfassen soll.“

Aus all diesen Erwägungen geht m. E. hervor, daß die Ansicht des R.G., nach welcher das Wesen der Untreue in dem Treubruch durch Verletzung besonderer Vertrauensverhältnisse bestehen soll, auch schon für das geltende Recht keine Anerkennung beanspruchen kann.

Aber auch der Anschauung Freudenthals, der in dem Wesen der Untreue die Verletzung der besonderen Rechtspflicht des Täters zur Vermögensfürsorge erblickt, ist nicht beizupflichten.

Zunächst ist auch dieser Theorie entgegen zu halten, daß ebenso anderen Personen als den im § 266 genannten Subjekten der Untreue eine Pflicht zur Vermögensfürsorge eigentümlich ist. Z. B. hat auch der durch Dienstvertrag Verpflichtete fast stets eine solche Pflicht zur Wahrnehmung der Vermögensinteressen des Dienstherrn, ohne deshalb Bevollmächtigter zu sein. So hat z. B. der Kutscher die von dem Dienstherrn ihm zur Pflege gegebenen Pferde zu füttern, auf ihre Gesundheit zu achten, usw. Wenn nun

[1]) Vgl. S. 13.
[2]) R. G. 41/265.
[3]) S. 252.

der Kutscher den ihm durch den Dienstvertrag auferlegten Pflichten nicht nachkommt und dadurch etwa den Verlust eines Pferdes verschuldet, so hat er zweifellos doch seine Pflicht verletzt, die dahin ging, für das Pferd, ein Vermögensstück seines Dienstherrn, zu sorgen; auch er hat somit seine Pflicht zur Vermögensfürsorge verletzt und dadurch das Vermögen seines Herrn beschädigt.

Soll demnach die Verletzung der Pflicht zur Vermögensfürsorge das Wesentliche der Strafdrohung der Untreue darstellen, so wäre auch hier wieder die Beschränkung des § 266 Ziff. 2 St.G.B., der nur den Bevollmächtigten als tauglichen Täter der Untreue vorsieht, völlig unverständlich.

Zum andern muß aber überhaupt geleugnet werden, daß es gerade die Verletzung des zwischen Bevollmächtigten und Machtgeber bestehenden Innenverhältnisses ist, welche das Wesen der Untreue nach dieser Ansicht darstellen soll. Denn setzt § 266 Ziff. 2 St.G.B. ein zivilrechtlich gültiges Innenverhältnis, aus dem allein eine Rechtspflicht zur Vermögensfürsorge gefolgert werden kann, überhaupt voraus?

Die Vertreter der Ansicht Freudenthals bejahen einheitlich diese Frage und behaupten, daß eine strafbare Untreue nur dann vorliegen könne, wenn das Kausalgeschäft, das zu der Vollmachtserteilung Anlaß gegeben habe, nach den Grundsätzen des Bürgerlichen Rechts beurteilt, gültig sei. Zu dieser Einschränkung bietet jedoch der Tatbestand des § 266 Ziff. 2 St. G. B. m. E. keinerlei Veranlassung. Denn nach ihm ist taugliches Subjekt der Untreue der „Bevollmächtigte".

Die Antwort auf die Frage, wer als „Bevollmächtigter" im Sinne des § 266 Ziff. 2 St. G. B. anzusehen ist, zwingt zugleich zu einer Auseinandersetzung mit der Lehre H. Mayers, wie sie in ihren Grundzügen oben [1]) bereits kurz dargestellt worden ist. Gilt hier der bürgerlich-rechtliche Begriff der Vollmacht als einer abstrakten, durch Rechtsgeschäft erteilten Vertretungsmacht? H. Mayer [2]) verneint die Frage mit der Begründung, daß bei Erlaß des geltenden Strafgesetzbuches ein allgemein anerkannter Vollmachtsbegriff nicht bestanden, es an einer scharfen Scheidung von Vollmacht und Auftrag noch gefehlt habe, insbesondere aber die Möglichkeit einer abstrakten Vollmacht noch nicht genügend erfaßt gewesen sei. Deshalb, so schließt H. Mayer, sei es gänzlich unzulässig, den dem heutigen Zivilrecht zugrundeliegenden Vollmachtsbegriff einfach für die Bevollmächtigten unserer Strafbestimmung zu übernehmen, denn jedes Gesetz sei nur aus der Rechtssprache seiner Zeit zu verstehen.

Mit Recht erhebt Oetker [3]) gegen diese Argumentation H. Mayers Einwendungen. Zwar sei richtig, daß zur Zeit der Ent-

[1]) S. 4.
[2]) S. 228.
[3]) a. a. O., S. 289.

stehung unseres Strafgesetzbuches in der damaligen Literatur Vollmacht und Auftrag noch nicht so scharf gegeneinander abgegrenzt worden seien wie dies heute geschehe. Aber der Sache nach habe der Gegensatz bestanden. Denn schon damals seien Vollmachtserteilungen in dem Sinne, daß sich der Vollmachtgeber die Bestimmung über den Gebrauch der Vollmacht vorbehalten und damit zunächst nur eine Legitimation nach außen hin begründet habe, keineswegs selten gewesen.

Kann mithin die Beweisführung H. Mayers, mit der er die Anwendung des Vollmachtsbegriffes des Bürgerlichen Rechts auf den Bevollmächtigten unserer Strafbestimmungen verneint, keine uneingeschränkte Zustimmung erfahren, so müssen die Folgerungen, die er aus seiner Lehre zieht, m. E. unbedingte Ablehnung finden. Denn gilt für den Bevollmächtigten des § 266 Ziff. 2 St. G. B. nicht der Vollmachtsbegriff des BGB., dann läßt sich, wie H. Mayer [1]) selbst zugeben muß, „weder aus dem Wortlaut des Strafgesetzes ebensowenig wie aus der Gesetzgebungsgeschichte ein genauerer Anhalt für die Auslegung gewinnen. In einem solchen Falle muß daher angenommen werden, daß die Gesetzgebung der Rechtsprechung ein Blankett zur Ausfüllung eingeräumt hat."

Wiederum ist es Oetker [2]), der diesen Ausführungen H. Mayers treffend entgegentritt. „Wenn Mayer ein Blankett an die Rechtsprechung zur Bestimmung des Bevollmächtigtenbegriffs annimmt, so ist einem richtigen Gedanken doch ein zu energischer Ausdruck gegeben. Eine zutreffende Theorie kommt, wenn sich ihr die Praxis auch lange hartnäckig widersetzt, schließlich doch zur Anerkennung: tandem vincit veritas . . . Eine erleuchtete Praxis kann die Wissenschaft bedeutsam fördern, aber den Vorzug hat doch nicht die Rechtsprechung als solche, sondern die erkannte Wahrheit."

Ganz abgesehen von dieser mehr theoretischen Erwägung ist die Ansicht H. Mayers schon aus einem weiteren praktischen Grunde zu verwerfen. Denn gerade im Hinblick auf den Untreuetatbestand und die in dessen grundlegenden Fragen äußerst wechselvolle Rechtsprechung des höchsten Gerichts [3]) erscheint der Rechtsfindung unserer Strafgerichte mit einem solchen „Blankett an die Rechtsprechung" keineswegs gedient. Ein solches würde vielmehr die an sich schon rechtlich schwierige Anwendung des Untreuetatbestandes nur noch in erhöhtem Maße erschweren. Zum andern ist aber auch der Vorwurf v. Olshausens [4]), daß dann häufig Willkür bestimmen würde, ob ein strafbarer Tatbestand gegeben ist oder nicht, nicht ganz unbegründet. Zwar verwahrt sich

[1]) S. 230.
[2]) a. a. O.
[3]) So nimmt auch H. Mayer selbst nicht Anstand die Rechtsprechung des Reichsgerichts dort abzulehnen, wo sie ihm nicht sinnvoll erscheint, vgl. S. 232, 251.
[4]) S. 1437.

H. Mayer [1]) energisch gegen die Auffassung, daß nach seiner Ansicht die Rechtsprechung etwa im Einzelfall zu entscheiden hätte, wer Bevollmächtigter sei. Allein auch die Feststellung des Begriffs durch die Rechtsprechung nach allgemeinen Grundsätzen, wie sie H. Mayer wünscht, würde m. E. die Gefahr der Willkür bei der Anwendung des Untreuetatbestandes im Einzelfall nicht ganz beseitigen. Gerade im Strafrecht ist, soweit es sich nicht lediglich um das Strafmaß handelt, ein Blankett an die Rechtsprechung eine unmögliche Erscheinung.

Es erscheint daher im hohen Maße untunlich, an Stelle des Vollmachtsbegriffs des Bürgerlichen Rechts für den Begriff des Bevollmächtigten des § 266 Ziff. 2 St. G. B. einen spezifisch strafrechtlichen Maßstab zu verwenden, zumal da auch eine derartige Scheidung zwischen zwei wesensverwandten Rechtsbegriffen zwangsläufig in eine geordnete Rechtsprechung Unklarheit und Unstimmigkeiten bringen müßte. Demnach muß auch zur Auslegung des Begriffes des Bevollmächtigten in § 266 Ziff. 2 St. G. B. der Vollmachtsbegriff Verwendung finden, wie ihn das Bürgerliche Recht geschaffen hat.[2])

Danach versteht man unter Vollmacht eine durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht, die Befugnis, für einen anderen mit rechtlicher Wirkung rechtsgeschäftlich zu handeln. Sie wird erteilt durch eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die grundsätzlich einer Form nicht bedarf. Da die Vollmacht kein Vertrag ist, wird ihr in der Regel irgend ein Rechtsverhältnis zu Grunde liegen, sei es ein Dienstvertrag, ein Auftrag oder ein Gesellschaftsverhältnis, in welchem der Umfang der Rechte und Pflichten zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem geregelt ist; doch ist auch eine Vollmachtserteilung, der überhaupt kein Innenverhältnis zu Grunde liegt, denkbar und möglich. Daraus geht hervor, daß die Vollmacht ein abstraktes Rechtsgeschäft ist, „da sie den Grund, auf dem sie beruht, nicht in sich aufnimmt.[3])“ Vollmacht und das ihrer Erteilung zu Grunde liegende Rechtsverhältnis müssen demnach streng auseinander gehalten werden. Das rechtliche Schicksal des Kausalgeschäftes ist auf die Gültigkeit der Vollmacht ohne Einfluß, diese kann vielmehr auch dann gültig sein, wenn das Kausalgeschäft aus einem die Vollmacht nicht berührendem Grunde nichtig ist. [4])

Verlangt aber § 266 Ziff. 2 St. G. B. nur einen rechtsgültig bestellten „Bevollmächtigten“„ so kann sein Tatbestand infolge der

[1]) S. 230.

[2]) Ein weiteres Argument gegen die Auslegung des Vollmachtsbegriffes durch H. Mayer bringt Oberstadt, a. a. O., S. 24: „Zwar hat man grundsätzlich davon auszugehen, daß ein Gesetz nach den jeweiligen Zeitverhältnissen, in denen es entstanden ist, auszulegen ist. Aber die Rechtsprechung muß mit der Entwicklung von Rechtsgedanken mitgehen, sonst muß sie zwangsläufig zum Stillstand und somit zum Rückschritt kommen.“

[3]) Enneccerus S. 474.

[4]) Enneccerus a. a. O.

abstrakten Natur der Vollmacht im Einzelfalle auch sehr wohl dann erfüllt sein, wenn das Grundgeschäft, auf dem die Vollmacht beruht, (z. B. wegen Verstoßes gegen die guten Sitten, § 138 BGB.) nichtig ist. Dann aber fehlt es an einem Innenverhältnis, dessen Verletzung die Anhänger der Lehre Freudenthals einzig und allein als das Wesentliche der Straffestsetzung in § 266 St. G. B. angesehen wissen wollen. Denn daß die Vollmacht selbst für den Bevollmächtigten nicht eine „Pflicht zur Vermögensfürsorge" enthält, wird von den Vertretern dieser Ansicht nicht bestritten.

H. Mayer [1]) will nun im Gegensatz zu der Lehre Freudenthals das Wesen der Untreue nicht in der für den Bevollmächtigten nach bürgerlichrechtlichen Grundsätzen bestehenden Rechtspflicht zur Vermögensfürsorge erblicken. Die Eigenart der Mayerschen Ansicht besteht vielmehr darin, — und dazu ist er wohl durch seine oben [2]) geschilderte Auslegung des Bevollmächtigtenbegriffs gezwungen —, daß er auch hier wieder eine spezifisch-strafrechtliche Amts- oder Vertragspflicht zur Vermögensfürsorge für die in Ziff. 1—3 genannten Personen annimmt, deren Verletzung das Wesen der Untreue darstellen soll. [3]) Diese strafrechtliche Pflicht zur Vermögensfürsorge deckt sich nach H. Mayers Ansicht keineswegs mit der bürgerlichrechtlichen, die lediglich durch das Innenverhältnis zwischen Täter und Verletztem erzeugt wird. Ein gültiges obligatorisches Verhältnis zwischen Machtgeber und Bevollmächtigtem wird auch von H. Mayer nicht gefordert, es genügt vielmehr, wenn die Vertretungsmacht nach außen auf einem gültigen Rechtsakt beruht. Eine Ausnahme will H. Mayer jedoch für die Fälle gemacht wissen, bei denen die Ungültigkeit des Innenverhältnisses auf der Minderjährigkeit des Täters, [4]) auf Unsittlichkeit oder gesetzlichem Verbot beruht oder bei denen eine interne Abrede überhaupt nicht getroffen ist. [5]) Hier sei es widersinnig, von einem Vertrauensverhältnis zu sprechen. In Ermangelung eines solchen könne daher auch keine strafrechtliche Pflicht des Täters zur Vermögensfürsorge gefolgert werden. [6])

[1]) S. 187.
[2]) Vgl. S. 8 ff.
[3]) S. 187.
[4]) Mangels Genehmigung des gesetzlichen Vertreters.
[5]) H. Mayer, S. 248: „Ein Vertrauensverhältnis besonderer Art ist hier tatsächlich nicht vorhanden. Ein solches kann niemals völlig einseitig, sondern immer nur durch eine Abrede zustande kommen." Daß letztere Ausnahme, die H. Mayer für den Fall macht, daß eine interne Abrede zwischen Machtgeber und Bevollmächtigtem überhaupt nicht vorliegt, völlig ungerechtfertigt ist, kritisiert mit Recht Oetker (S. 289): „Läßt man eine abstrakte Vollmacht für § 266 Ziff. 2 St. G. B. nicht genügen, so ist die eigenartige Konsequenz, daß Untreue zwar angenommen wird, wenn der Bevollmächtigte in Ueberschreitung seines Auftrages absichtlich zum Nachteil des Vollmachtgebers verfügt hat, nicht aber, wenn dies bei Fehlen jeden Auftrags geschehen ist, obwohl hier der Treubruch doch noch evidenter ist. In Vollmachtserteilung liegt immer, besonders aber wenn der Auftrag noch aussteht, ein Vertrauensakt."
[6]) H. Mayer, S. 252.

Von diesen Einzelfällen abgesehen ist jedoch H. Mayer die Antwort auf die Frage, wann eine spezifisch-strafrechtliche Amts- oder Vertragspflichtverletzung des Täters vorliegt, schuldig geblieben. Diese Entscheidung will H. Mayer vielmehr auch hier „dem vernünftigen Ermessen des Richters" überlassen.[1]) Wir haben schon oben[2]) darauf hingewiesen, daß diese Lösung des Problems nicht geeignet ist, das Wesen der Untreue klarzustellen und damit die Rechtsfindung auf dem Gebiet der Untreue den Strafgerichten zu erleichtern.[3])

Weder die Verletzung der besonderen Treupflicht noch auch die Verletzung der Pflicht zur Vermögensfürsorge durch die in § 266 St. G. B. genannten Personen ist daher dem Charakter der Untreue eigentümlich; das, wodurch sich diese Bestimmung von allen anderen Typen der Vermögensverbrechen wesentlich unterscheidet, ist vielmehr die sämtlichen Tätern der Untreue eingeräumte rechtliche Machtstellung, — sei es, daß sie, wie in Ziff. 1, auf Gesetz oder (Ziff. 2) auf Rechtsgeschäft oder aber (Ziff. 3) auf obrigkeitlicher Verpflichtung beruht, — deren Mißbrauch das Gesetz besonders unter Strafe stellen mußte. Denn während bei den übrigen Vermögensdelikten, wie z. B. beim Betrug, dem Raube oder der Erpressung, der Täter sich stets eines Mittels, sei es der List oder der Gewalt, bedienen muß, dessen Tauglichkeit im konkreten Falle häufig zweifelhaft sein wird, befindet sich der Täter der Untreue in der für seine verbrecherischen Neigungen äußerst günstigen Lage, unter der Sanktion der Rechtsordnung die souveräne Verfügungsgewalt über fremdes Vermögen zu besitzen und dieses durch deren Mißbrauch in der mannigfachsten Art zu schädigen. Dieser Gefahr zu begegnen war Pflicht der Gesetzgebung, und diese Eigenschaft der Vollmacht kann es auch nur gewesen sein, die man zur Grundlage des Untreuedeliktes in privaten Rechtsverhältnissen gemacht hat.

Die Charakterisierung der Untreue als mißbräuchliche Ausnutzung der dem Täter verliehenen rechtlichen Vertretungsmacht bringt es nun mit sich, daß nur r e c h t s g e s c h ä f t l i c h e Handlungen unter ihren Begriff fallen können, nie tatsächliche Handlungen. Denn Vertretung im Rechtssinne heißt Vornahme von Rechtsgeschäften für einen Anderen mit rechtlicher Wirkung. Die Wirksamkeit bloßer Rechts h a n d l u n g e n für einen Anderen ist

[1]) S. 187.
[2]) Vgl. S. 10.
[3]) Seltsam muß es anmuten, daß H. Mayer eigentlich selbst zu dieser Erkenntnis gelangt, wenn er S. 252 ausführt: „Es würde eine zwecklose Erschwerung der Rechtsprechung bedeuten, wenn der Strafrichter in jedem Untreuefall auch die zivilrechtliche Gültigkeit des Auftragsverhältnisses zu prüfen hätte." Nach H. Mayers Lehre müßte er dies tun, da ja ausdrücklich die Fälle, bei denen die Ungültigkeit des Innenverhältnisses auf Sittenwidrigkeit oder Minderjährigkeit des Täters beruht, oder bei denen es an einem Innenverhältnis überhaupt fehlt, von der Strafbarkeit ausnehmen müßte.

vom Rechte grundsätzlich nicht anerkannt, noch weniger eine Vertretung in rein tatsächlichen Handlungen, die sich daher nie als Mißbrauch einer rechtlichen Verfügungsmacht darstellen können.

Diese Feststellung hat wichtige Folgen für den Umfang des Delikts; es ergibt sich hieraus nämlich die Notwendigkeit, nur solche Handlungen des Täters als Untreue anzusehen, die dieser gerade als Vertreter vorgenommen hat.[1]) Dieses Erfordernis kann aber nicht mit dem R. G.[2]) dahin ausgelegt werden, daß die rechtliche Vertretungsmacht nur Voraussetzung in der Person des Täters ist, vielmehr muß stets gefordert werden, daß die Handlung selbst eine solche ist, für die der Täter zwar generell zuständig, die aber im konkreten Fall eine dem Vermögen des Machtgebers nachteilige, objektiv unrichtige Anwendung der rechtlichen Machtstellung des Täters enthält. Damit aber scheiden alle die Fälle, in denen der Täter außerhalb der ihm durch die eingeräumte Vertretungsbefugnis gezogenen Grenzen gehandelt hat, aus dem Kreis der strafbaren Untreuehandlungen aus.

Wann eine Handlung im Rahmen der Vertretungsmacht des Täters vorgenommen ist und wann dies nicht der Fall ist, richtet sich nach dem Umfang der Vollmacht im konkreten Falle. Bei den Vollmachten mit gesetzlichem Umfange, der Prokura und der Handlungsvollmacht, ist diese Entscheidung leicht zu treffen. Aber auch bei den übrigen allgemeinen Vollmachten wird man aus dem Wortlaut der Vollmacht und aus den begleitenden Umständen, insbesondere aus dem zu Grunde liegenden Rechtsgeschäft und dem Zwecke der Vollmacht ihren Umfang entnehmen können. In allen Fällen wird jedoch die Prüfung der zivilrechtlichen Wirksamkeit der Handlung des Vertreters sicheren Aufschluß bringen. Man kann daher die Frage, ob die Handlung des Vertreters im konkreten Falle eine Untreuehandlung im Sinne unserer Gesetzesbestimmung darstellt, zusammenfassend etwa dahin beantworten: Ist der Vertretene durch die vorgenommene Handlung unmittelbar verpflichtet worden, (§ 164 I BGB.,) so ist sie im Rahmen der Vollmacht vorgenommen. Fehlt diese Wirkung, so lag die Handlung außerhalb des Rahmens der erteilten Vollmacht, und es entfällt eine Bestrafung des Täters wegen Untreue.[3])

Mit der Beantwortung der Frage nach dem Wesen der Untreue ergibt sich zugleich auch die Lösung der weiteren, ob die Untreue ein Vermögensverbrechen durchaus selbständigen Inhalts ist, oder ob sie auch in Idealkonkurrenz mit den übrigen Vermögensdelikten dem Betrug, der Erpressung, oder gar mit den Eigentumsdelikten, dem Diebstahl, der Unterschlagung, begangen werden kann.

Im Gegensatz zu der herrschenden Meinung, die sich für die Möglichkeit einer Idealkonkurrenz zwischen der Untreue und den

[1]) Binding, S. 397. Cartier, S. 118. Frank, S. 564. Leopold S. 16.
[2]) Vgl. R. G. 9/356, 5/21.
[3]) ähnlich Frank S. 564.

anderen Vermögensdelikten ausgesprochen hat,[1]) ergibt sich folgerichtig aus dem Wesen der Untreue als Mißbrauch rechtlicher Vertretungsmacht und der hieraus abgeleiteten Notwendigkeit eines Handelns im Rahmen dieser Vertretungsmacht die Unmöglichkeit eines Zusammentreffens der Untreue mit den übrigen Vermögensdelikten. Denn verlangt der Untreuetatbestand nach der hier vertretenen Ansicht stets eine Handlung rechtsgeschäftlicher Natur, so können Diebstahl, Unterschlagung und Raub schon deshalb nicht Untreue sein, weil die Handlungen dieser Verbrechenstatbestände stets tatsächlicher Natur sind.[2])

Dasselbe muß aber auch für ein Zusammentreffen von Untreue und Betrug gelten. Das spezifische Mittel des Betrugs ist Täuschung, das der Untreue Mißbrauch rechtlicher Vertretungsmacht. Das eine schließt das andere aus. Denn wer von Rechts wegen in der Lage ist, über fremdes Gut zu verfügen, braucht sich nicht erst durch Täuschung des fremden Willens dessen Aushändigung zu erwirken. Wenn nun auch die Untreuehandlung, der Vollmachtsmißbrauch, im konkreten Falle von einer Täuschungshandlung gegenüber einem Dritten begleitet sein kann, so wird doch auch in diesem Falle die Vermögensbeschädigung schon in dem Machtmißbrauch des Täters selbst zu finden sein, und nicht mehr eine Folge des Irrtums des Getäuschten darstellen. Da aber der Wortlaut des § 263 St. G. B. ausdrücklich Kausalzusammenhang zwischen Irrtum des Getäuschten und der Vermögensbeschädigung verlangt, wird der Betrugstatbestand auch in diesem Falle nicht erfüllt sein.

Eine Idealkonkurrenz der Untreue mit einem anderen Vermögensdelikt ist daher schlechterdings nicht denkbar. Damit erfüllt der Untreuetatbestand eine wichtige Forderung für die Strafgesetzgebung, daß Tatbestände sich nicht gegenseitig durchkreuzen sollen, sondern systematisch aneinander gereiht werden müssen. Ist nämlich diese Forderung erfüllt, dann wird die praktische Anwendung der Gesetzesbestimmungen erleichtert, und Unklarheiten und Unsicherheit in der Rechtsprechung werden vermieden. Mit Recht rügt Binding:[3]) „Tatbestände, die sich als Ausschnitt aus einer großen Zahl anderer darstellen, zugleich aber auch ein Stück über sie hinausragen, sind technisch völlig mißlungen. Dies würde der Untreuetatbestand sein, wenn die Ansicht des R. G. richtig wäre und die Untreue auch als Diebstahl, Unterschlagung und Betrug verübt werden könnte."

Wenn auch bisher nur § 266 Ziff. 2 St. G. B. den Gegenstand unserer Betrachtung bildete, so können doch die aus den getroffenen Erwägungen gewonnenen Erkenntnisse auch für die Untreuefälle

[1]) Vgl. S. 5.

[2]) Binding I. S. 396: „Ihre Vollmacht geht aber nie auf Aneignung oder auf Beschädigung der fremden Sachen: gerade deshalb kann die Untreue die Form keines anderen Vermögensverbrechens . . . . annehmen."

[3]) S. 363.

der Ziff. 1 und 3 des § 266 St. G. B. nicht ohne Folge bleiben. Es ist allerdings nicht abzuleugnen, daß der Gesichtspunkt des Vertrauensbruches, wie aus der geschichtlichen Entwicklung[1]) hervorgeht, bei Schaffung dieser Tatbestände eine gewisse Rolle gespielt hat. Aber auch das Wesen dieser Fälle ist durch Einfügung der Ziff. 2 grundlegend geändert worden. In § 266 Ziff. 2 St. G. B. ist jetzt der neue Deliktsbegriff enthalten, mit dem die Wesensbegriffe bei den übrigen Verhältnissen des Delikts nicht in Widerspruch stehen dürfen; diese werden vielmehr durch die Existenz der Ziff. 2 authentisch interpretiert. Im übrigen unterscheiden sich auch z. B. Vormund und Bevollmächtigter in ihrer rechtlichen Vertretungsmacht nicht nach deren Wesen und Inhalt, sondern nur nach

[1]) Die geschichtliche Entwicklung der Untreue soll an dieser Stelle kurz gestreift werden.

Vorbild und Ausgangspunkt für die Kodifizierung eines Untreuetatbestandes im deutschen Recht ist der § 3 der Reichspolizeiordnung von 1577. Nach dieser Vorschrift wurde der Vormund für fahrlässiges Handeln und „Vervorteilung" bei seinem Pflegekind oder dessen Gütern bestraft. Dabei muß allerdings festgestellt werden, daß diese Strafdrohung nicht auf die Vermögenssphäre beschränkt und weiterhin, daß die Handlung nicht begrenzt war, sodaß als Untreue hier auch Unterschlagung und Sachbeschädigung, kurz jede „Vervorteilung" des Mündels angesehen werden konnte. Doch ist Binding beizupflichten, „daß diese reichsrechtliche Bestimmung eine der beiden Wurzeln ist, auf welche die Untreue des geltenden Strafrechts zurückzuführen ist." (Binding, Grundriß II. § 187, S. 218.)

Des selbständigen Charakters entbehrt die Untreue auch noch in § 20 II 15 d. ALR. (§§ 1329 ff.), wo sie sich lediglich als Unterart des qualifizierten Betruges darstellt: derjenige wird gleich dem Täter des qualifizierten Betruges bestraft, welcher „außer der allgemeinen Verbindlichkeit noch besondere Verpflichtungen auf sich hat, einen anderen mit Treue und Redlichkeit zu behandeln, und diesen gleichwohl hintergeht." Kennzeichen der Untreue ist hier also zum ersten Mal ausdrücklich die besondere Verpflichtung des Handelnden zu Treu und Redlichkeit. Ihr Verhältnis zum Diebstahl wird fernerhin erstmalig dahin geklärt, daß die Untreue diesem gegenüber subsidiären Charakter hat. (Vgl. §§ 1331, 1332.)

Erst das französische Recht brachte dann die Untreue als selbständiges Delikt in Art. 408 code pénal (abus de confiance), unter dessen Einfluß sie dann schließlich auch als solches in den deutschen Partikularstrafgesetzbüchern Eingang fand. Doch zeigten sich hier die ersten Schwierigkeiten der Fassung eines einheitlichen Untreuebegriffs, sodaß bei den Vorbereitungen zu einem preuß. St. G. B. der Untreuetatbestand zahlreichen Schwankungen unterworfen war. Der letzte Entwurf von 1850 verwarf schließlich den ganzen Titel der Untreue und zwar mit der Begründung, daß die Strafandrohungen über Betrug und Unterschlagung das Bedürfnis des Rechtsverkehrs nach Schutz vor Vertrauensbrüchen vollauf befriedigten. Schließlich nahm man jedoch bei der endgültigen Beratung des preuß. St. G. B. das Untreuedelikt wieder auf (Art. 246), beschränkte jedoch hier — im Gegensatz zum Entw. von 1843 — den Täterkreis der Untreue auf die mit öffentlichem Vertrauen bekleideten Personen.

Für die endgültige Fassung der Untreuenorm im § 266 unseres geltenden Strafgesetzbuches war die Regelung im sächsischen Strafgesetzbuch von 1855 von ausschlaggebender Bedeutung. Art. 287. Abs. 2 l. c. be-

dem Ursprung, der bei der einen das Gesetz, bei der anderen das Rechtsgeschäft ist. § 266 Ziff. 3 St. G. B. endlich, dessen Existenz am häufigsten gegen die hier vertretene Anschauung ins Treffen geführt wird,[1]) ist nicht geeignet, unser Argument zu entkräften. Wohl ist zuzugeben, daß den Subjekten dieser Gesetzesstelle das eigentümliche Merkmal der Untreue, die auf Gesetz oder Rechtsgeschäft beruhende rechtliche Verfügungsmacht, fehlt.[2]) Das kann aber an der Beurteilung des Wesens der Untreue nichts ändern. Denn abgesehen davon, daß § 266 Ziff. 3 St. G. B. in Bezug auf die Häufigkeit seiner Anwendung eine verschwindend geringe Bedeutung gegenüber den anderen beiden Ziffern besitzt, stellt er auch einen ganz heterogenen Bestandteil unseres Paragraphen dar. Binding[3]) glaubt mit Recht, ihn ohne Bedenken von Ziff. 1 und 2 und deren Handlungen loslösen zu können, und auch sämtliche deutschen Entwürfe haben sich dieser Anschauung angeschlossen, indem sie die Ziff. 3 bei der Umgestaltung des Untreuedelikts gänzlich außer Acht ließen.

---

stimmte als Ergänzung zur Unterschlagung: „Der Unterschlagung ist es gleich zu achten, wenn ein Geschäftsführer über Forderungen oder andere Vermögensstücke des Geschäftsherrn, welche er nicht im Besitz hat, in gewinnsüchtiger Absicht zum Nachteil des Geschäftsherrn verfügt." Mit dieser Regelung war einem lang gehegten Bedürfnis Genüge geleistet, als nunmehr auch diejenigen Fälle strafrechtlich erfaßt werden konnten, die sich dem Unterschlagungsbegriff nicht unterordnen ließen. Daß ein tatsächliches Bedürfnis in dieser Richtung bestand, geht vor allem daraus hervor, daß die preuß. Strafrechtspraxis sich zu einer weitgehenden extensiven Auslegung des Unterschlagungsbegriffes genötigt sah. So subsumierte das Preuß. Obertribunal unter den Sachbegriff des § 225 pr. St. G. B. auch Forderungen und bestrafte auch diejenigen Handlungen als Unterschlagung, die der Täter an eigenen, einem Dritten auszuhändigenden Sachen vornahm. In der Erkenntnis, daß dieser Uebelstand bei der Kodifikation eines Strafgesetzbuches für das geeinte Deutschland dringend der Beseitigung bedürfe, betragte von Schwarze in der Bundeskommission, dem bisherigen Tatbestande der Untreue, der auch noch im ersten Entwurf zum Reichsstrafgesetzbuch v. 31 Dez. 1869 in Anlehnung an § 246 pr. St. G. B. nur die unter „öffentlicher Autorität" bestellten Personen als Täter vorsah, die Bevollmächtigten-Untreue des Art. 287 Abs. 2 sächs. St. G. B. hinzuzufügen, „um durch eine auf widerrechtliche Verfügung über fremde Vermögensstücke anwendbare Bestimmung einem Bedürfnisse zu genügen, dem die gesetzliche Fassung des Tatbestandes der Unterschlagung nicht entsprach." (Vgl. Mot. z. II. Entw. zu § 241.)

Dieses Bedürfnis hat Binding als die andere Wurzel bezeichnet, auf welche sich die Untreuefassung in unserem heutigen Strafrecht zurückführen läßt. (Vgl. Grundriß II, § 187, S. 218.)

So wurde in Anlehnung an Art. 287 Abs. 2 des sächs. St. G. B. auch die Untreue der Bevollmächtigten unter Strafe gestellt, die als Ziff. 2 in die beiden Tatbestände des preuß. Untreueparagraphen eingeschoben und mit diesen zusammen als § 266 unter dem Titel „Betrug und Untreue" in das R. St. G. B. hineingearbeitet wurde.

[1]) Olshausen, S. 1437, Freudenthal S. 114.

[2]) Hegler, a. a. O., S. 153, will auch in den Fällen der Ziff. 3 des § 266 ein Vertretungsverhältnis im weitesten Sinne erblicken.

[3]) I. S. 398.

Insbesondere: H. Mayer: Der wahre Gehalt der Bindingschen These.

Im vorhergehenden ist das Wesen der Untreue in dem Sinne ausgelegt worden, in welchem Binding von der späteren Literatur [1]) verstanden worden ist, als Mißbrauch privatrechtlicher Vertretungsbefugnis. H. Mayer hält diese Auslegung der Bindingschen Lehre für falsch. [2]) Was die Rechtslehre für den Sinn der Bindingschen These halte, gebe den Inhalt der Vorstellung Bindings in Wahrheit nur unzutreffend wieder. Dies erkläre sich vor allem daraus, daß die nachfolgenden Schriftsteller Binding von vornherein mit Augen gelesen hätten, denen der Sprachgebrauch des BGB. schon allzusehr Gewohnheit geworden sei. H. Mayer knüpft dann an den auch hier [3]) zitierten Satz Bindings, daß die Vollmacht nie auf Aneignung oder Beschädigung fremder Sachen gehe, an. Hieraus ergebe sich, fährt H. Mayer weiter fort, daß Binding unmöglich den bürgerlich-rechtlichen Begriff der Vollmacht im Auge haben könne, sonst wäre dieser Satz völlig verfehlt, da Beschädigung und Aneignung Handlungen tatsächlicher Natur seien, die der bürgerlich-rechtliche Begriff der Vollmacht eben nicht umfasse. Fernerhin sehe Binding Handlungen für Untreue an, welche im Sinne des Zivilrechts zwar auftragswidrig seien, jedoch niemals einen Mißbrauch der Vollmacht im bürgerlich-rechtlichen Sinne darstellten, da bei ihnen die Vollmacht überhaupt nicht gebraucht würde. [4]) Dies aber sei der Fall, wenn Binding das absichtliche Verjährenlassen von Forderungen und ähnliche Unterlassungshandlungen zur Untreue zähle. Daraus ergebe sich notwendig, daß Binding mit einem weiteren Vollmachtsbegriffe arbeite, als ihn das Bürgerliche Recht aufgestellt habe. In Wahrheit bezeichne demnach Binding als Vollmacht eine besondere Art des Auftrages, nämlich den Auftrag, Rechtsgeschäfte für den Auftraggeber vorzunehmen, also etwa den Auftrag zur Geschäftsbesorgung im Sinne des § 675 BGB.

So gelangt H. Mayer zu dem Ergebnis: „Untreue im Sinne Bindings ist die Zuwiderhandlung gegen einen Geschäftsbesorgungsauftrag durch dolose Ausführung desselben oder dolose Unterlassung." [5])

Es muß jedoch m. E. sehr zweifelhaft erscheinen, ob H. Mayer mit dieser Auslegung den wirklichen Sinn der Lehre Bindings getroffen hat. Was seine Argumentation gegen deren bisherige Auslegung im Einzelnen anlangt, so scheint mir zunächst der Satz Bindings, in welchem von einer Vollmacht zur Beschädigung pp. die

[1]) So von Gerland, Grundriß, S. 517, Hegler, Arch. f. Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd. 10, S. 152, Frank, Anm. I. zu § 266 St. G. B., Leopold, S. 14.

[2]) H. Mayer, S. 43 ff. 85 ff. 309 ff.

[3]) Vgl. S. 14, Anm. 2.

[4]) Dieses Argument H. Mayers soll noch später widerlegt werden, vgl. S. 31 ff.

[5]) H. Mayer, S. 313, 314.

Rede ist, nicht ohne weiteres gegen die bisher gebräuchliche Auslegung der Bindingschen Lehre zu sprechen. Wenn auch zuzugeben ist, daß es eine Vollmacht zur Vornahme tatsächlicher Handlungen im Bürgerlichen Recht selbstverständlich nicht gibt und daß daher der Satz Bindings als etwas Selbstverständliches unverständlich wäre, so darf man ihn doch nicht aus dem Zusammenhang herausreißen, in dem er ausgesprochen ist. Binding will mit diesem Satze seine Auffassung erhärten, daß die Untreue ein Delikt durchaus selbständigen Inhalts ist und daher zu den übrigen Delikten, insbesondere den Eigentumsdelikten schlechterdings nicht in Idealkonkurrenz treten kann. Aus dieser Auffassung Bindings ergibt sich aber m. E. schon, daß die Auslegung H. Mayers der wahren Bindingschen Lehre nicht gerecht wird. Denn eine dolose Zuwiderhandlung gegen einen Geschäftsbesorgungsauftrag stellt es m. E. auch dar, wenn z. B. der Bevollmächtigte eine Sache, die er für den Machtgeber veräußern soll, unterschlägt. Die Abgrenzung der Untreue von den übrigen Delikten stellt doch aber gerade einen der wesentlichsten Bestandteile der Lehre Bindings dar!

Auch Oetker[1]) erhebt gegen diese Auslegung der Bindingschen These Widerspruch: „Die Charakterisierung Mayers: Untreue im Sinne Bindings ist die dolose Zuwiderhandlung gegen einen Geschäftsbesorgungsauftrag . . . mag . . . für viele Fälle zutreffen. Aber daß sie nicht ausreicht, lehrt schon die abstrakte Vollmacht. Ein auftragsloses Verhalten kann wie ein auftragswidriges Untreue begründen."

Mit Recht stellt daher auch Oetker[2]) im Eingang seiner Buchbesprechung fest, daß Bindings Theorie und ihre Bekämpfung durch H. Mayer je an einem anderen Vollmachtsbegriff orientiert sind.[3])

§ 3. Das Wesen der Untreue nach § 348 des Entw. v. 1930.

Nach dem Entwurf (§ 348 Abs. 1) von 1930[4]) begeht Untreue, „wer die ihm durch Gesetz oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu

[1]) a. a. O., S. 287.

[2]) S. 285.

[3]) Grundsätzlich anderer Ansicht: E. Koffka, in ZSTW., 48 Bd. S. 703.

[4]) § 348 d. Entw. v. 1930 stellt das Endglied einer Entwicklung des Untreuetatbestandes de lege ferenda dar, deren Anfang bereits in das Jahr 1909 zurückreicht. Ihm vorausgegangen sind sechs deutsche Entwürfe, die von einander zum Teil in grundlegenden Fragen, zum Teil aber auch nur hinsichtlich des Strafmaßes oder nach ihrem Wortlaut abweichen. Sämtlichen Entwürfen ist charakteristisch, daß sie gegenüber der Kasuistik der Untreuebestimmung des § 266 St. G. B. eine allgemeine Fassung des Tatbestandes aufweisen. Der Täterkreis sowohl als auch das Objekt der Untreue sind nunmehr begrifflich umschrieben.

In dem „Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch" (V. E.) der, wie bereits erwähnt, vom Jahre 1909 datiert, befaßt sich § 277 mit dem

verpflichten, wissentlich mißbraucht und dadurch dem anderen Nachteil zufügt."

Die Begründung (S. 179) bemerkt hierzu: „Der Täter der Untreue muß die Befugnis mißbrauchen, über das Vermögen eines anderen zu verfügen, die Handlung muß also eine rechtsgeschäftliche sein, die auf Grund der dem Täter nach außen eingeräumten Machtstellung vorgenommen wird; tatsächliche Einwirkungen auf fremdes Vermögen genügen daher nicht."

Damit hat der Entwurf die hier schon für das geltende Recht vertretene Ansicht Bindings vom Wesen der Untreue zur gesetzlichen erhoben, zugleich aber auch die weitere Folgerung Bindings, daß nämlich die Untreue, als Vermögensdelikt durchaus selbständigen Charakters nur in ihrer eigenen Form begehbar ist, ausdrücklich anerkannt. Denn die Handlung muß nunmehr nach dem klaren Wortlaut des § 348 Abs. 1 d. Entw. v. 1930, in einer Verfügung bestehen, zu der der Täter „befugt" ist, sodaß regelmäßig die Begehung der Untreue durch die Handlungen des Diebstahls, der Unterschlagung oder der Sachbeschädigung (Wegnahme, Zueignung etc.) mangels einer Befugnis des Täters hierzu ausgeschaltet ist.

Ob und inwieweit jedoch der in dem Entw. v. 1930 dem Untreuetatbestand des § 348 Abs. 1 beigefügte Abs. 2:

„Ebenso wird bestraft, wer abgesehen von den Fällen der §§ 333, 334, Geld oder anderes Gut, das ihm anvertraut ist oder das er für einen anderen empfangen hat, zum Nachteil des Berechtigten für sich oder einen Dritten verwendet,"

dem oben geschilderten Charakter der Untreue entspricht, darüber soll in einem besonderen Kapitel gesprochen werden.

Delikt der Untreue und gibt diesem folgende Form: „Wer absichtlich das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, daß er die ihm durch Gesetz oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über dieses Vermögen zu verfügen, mißbraucht, wird mit Gefängnis oder Haft oder mit Geldstrafe . . . bestraft."

Während man auf Grund dieser Wortfassung des V. E. der Ansicht sein muß, daß hier die Auffassung Bindings vom Wesen der Untreue Gesetz werden sollte, wird im Gegensatz hierzu in der Begründung die Ansicht Freudenthals vertreten, wenn dort (S. 765) gesagt wird: „Die Untreue . . . hat aber ihr besonderes Merkmal darin, daß der Täter einer ihm gerade gegenüber dem Verletzten obliegenden Verpflichtung zur Vermögensfürsorge zuwiderhandelt." Der Begriff des Vollmachtsmißbrauches, den § 277 V. E. zum Tatbestandsmerkmal der Untreue erhob, sollte nach seinen Verfassern vielmehr nur den Umfang des Delikts näher bestimmen, insofern nämlich, als in bewußter Abweichung von der Freudenthal'schen Auffassung nicht jede unter Verletzung einer Fürsorgepflicht begangene Handlung unter Strafe gestellt werden sollte, da die Tragweite einer solchen Vorschrift unübersehbar wäre und ein Bedürfnis in dieser Hinsicht nicht hervorgetreten sei. (S. 767.)

Von diesen Bedenken glaubten die Verfasser des sog. Gegenentwurfes (bearbeitet von Kahl, v. Liszt, v. Lilienthal und Goldschmidt) wieder Abstand nehmen zu können, indem sie in wortgetreuer Anlehnung an die Auffassung Freudenthals vom Wesen der Untreue dem Untreuetatbestand in

II. Untreue nach § 266 St. G. B. und § 348 Abs. 1. d. E. v. 1930, verglichen nach

§ 4 Subjekt.

Im Vorhergehenden hatten wir die prinzipiellen Grundlagen der Untreue und ihr Verhältnis zu den anderen Vermögensdelikten de lege lata et ferenda erörtert. Im folgenden sollen die beiden Gesetze im einzelnen miteinander verglichen werden.

Dabei soll nun zuerst eine Charakteristik der Subjekte des Delikts vorgenommen werden, wobei jedoch eine allgemeine Charakteristik der Täter, soweit sie in § 266 Ziff. 1 und 3 aufgeführt sind, für einen Vergleich mit der Regelung der Untreue im Entw. v. 1930 ausreichend erscheint, da eine Definition der Untreuesubjekte im einzelnen und die hier einschlägigen Streitfragen gegenüber der allgemeinen Fassung des § 348 d. E. v. 1930 keine erhebliche Bedeutung mehr haben können.

---

§ 322 G. E. v. 1911 folgende Fassung gaben: „Wer in der Absicht, sich oder einem anderen einen dem Recht zuwiderlaufenden Vermögensvorteil zu verschaffen, oder einem anderen einen rechtswidrigen Nachteil zuzufügen, fremdes Vermögen dadurch beschädigt, daß er die ihm durch Gesetz oder Rechtsgeschäft auferlegte Pflicht zur Wahrung dieses Vermögens verletzt, wird mit Gefängnis bestraft."

Ausdrücklich wird auch in der Begr. zum G. E. (S. 295) gesagt, daß das Wesentliche der Untreue nicht in dem Mißbrauch eines Rechts liege, sondern in der Verletzung einer Rechtspflicht, nämlich der Rechtspflicht zur Vermögensfürsorge. Wollte man der Auffassung der Verfasser des G. E. folgen, so müßte man sich dazu verstehen, eine Bestrafung in allen den Vertragsverhältnissen anzunehmen, denen eine Pflicht zur Vermögensfürsorge charakteristisch ist. Nach dieser Ansicht bezweckte der Untreueparagraph lediglich den Schutz von Privatrechtsverhältnissen. Mit Recht weist daher König (a. a. O., S. 63.) darauf hin, daß dadurch nur dem ohnedies schon reichlich vorhandenen Bestreben, Zivilprozesse durch den Staatsanwalt führen zu lassen, Tür und Tor geöffnet würde.

Anders verhält es sich nun bei den übrigen deutschen Entwürfen, dem Kommissionsentwurf (K. E.) v. 1913, dem Entwurf von 1919, dem Amtl. Entw. v. 1925 und dem Entwurf von 1927. Diese heben übereinstimmend als wesentliches Merkmal der Untreue in Anlehnung an die Binding'sche Auffassung den Mißbrauch der dem Täter durch Gesetz oder Rechtsgeschäft eingeräumten Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen, hervor. (Vgl. K. E. § 367, E. 1919 § 377, A. E. 1925 § 314, sowie E. 1927 § 348.) Der Antrag eines Mitgliedes der Strafrechtskommission, die Rechtspflicht zur Vermögensfürsorge als wesentliches Merkmal wieder in den Tatbestand der Untreue des Kommissionsentwurfs aufzunehmen, wurde nunmehr mit dem Hinweis abgelehnt, daß es auf die Vertretungsbefugnis ankomme und der Bevollmächtigte zudem aus seiner Vollmacht gar keine Pflichten herleite. (Vgl. Prot. d. Strafrechtskommission I. Lesung. Bes. Teil S. 176, Sitzung v. 23. X. 1912.)

Da diese Entwürfe in ihrer grundsätzlichen Regelung des Untreuetatbestandes nur unwesentlich von seiner Regelung in § 348 d. Entw. v. 1930 abweichen, kann für die Auslegung ihrer einzelnen Begriffsmerkmale auf die oben im Text folgenden Ausführungen verwiesen werden.

In kasuistischer Fassung spezialisiert § 266 des geltenden St. G. B. die Subjekte des Untreuevergehens in 18 Personenklassen, die das Gesetz wiederum in 3 große Gruppen scheidet.

Bei der ersten Gruppe, § 266 Ziff. 1, beruht die Vertretungsmacht, deren Mißbrauch das Gesetz unter Strafe stellt, auf Gesetz, obrigkeitlicher Verpflichtung oder letztwilliger Verfügung. Die Aufzählung der in § 266 Ziff. 1 St. G. B. genannten Täter ist nach der allgemeinen Meinung als erschöpfend anzusehen,[1]) analoge Ausdehnung auf andere Personenklassen also mit Rücksicht auf § 2 Abs. 1 St. G. B. unzulässig.

Verwandtschaftlich am nächsten stehen den in Ziff. 1 genannten Personen die Untreuesubjekte aus § 266 Ziff. 3 St. G. B. Ebenso wie bei einem Teil der Deliktssubjekte der Ziff. 1 beruht auch bei ihnen die Machtstellung auf obrigkeitlicher Verpflichtung, charakteristisch ist ihnen jedoch, daß ihre Tätereigenschaft durch den Betrieb eines Gewerbes begründet wird. Im Gegensatz zu Ziff. 1 ist aber der Kreis der in Ziff. 3 bezeichneten Personen kein geschlossener, zu ihnen gesellen sich vielmehr noch alle anderen, „zur Betreibung ihres Gewerbes von der Obrigkeit verpflichteten Personen."

Ganz im Gegensatz zu den in Ziff. 1 und 3 genannten Personenklassen, deren Vertretungsmacht teils fast ausnahmslos auf Gesetz, teils auf obrigkeitlicher Verpflichtung beruht, beschränkt sich der Täterkreis der Ziff. 2 auf solche Personen, deren Vertretungsmacht ausschließlich aus einem bürgerlichen Rechtsgeschäft unter Lebenden resultiert, nämlich der Vollmacht.

Welcher Maßstab nun an den Begriff des Bevollmächtigten i. S. d. § 266 Ziff. 2 zu legen ist, gab de lege lata immer zu neuen Zweifeln Anlaß. Wir können uns hier jedoch im Hinblick auf die bei Erörterung der prinzipiellen Grundlagen der Untreue gemachten Ausführungen auf eine kurze Wiederholung der dort gewonnenen Erkenntnisse beschränken.

Für den Begriff des Bevollmächtigten i. S. d. § 266 Ziff. 2 St. G. B. ist es völlig unerheblich, welcher Art das der Vollmacht zu Grunde liegende Rechtsgeschäft ist, ob es einen Auftrag, einen Dienst- oder Werkvertrag oder einen Gesellschaftsvertrag darstellt. Dem widerspricht nicht der Umstand, daß in dem Gesetz ausdrücklich vom „Auftraggeber" die Rede ist.[2])

Ebenso gleichgültig für die Anwendung des § 266 Ziff. 2 St. G. B. ist es, ob das der Vollmacht zu Grunde liegende Rechtsverhältnis ein erlaubtes oder unerlaubtes Geschäft zum Gegenstand hat. Denn bei der nach moderner zivilistischer Doktrin unbestrittenen abstrakten Natur der Vollmacht ist deren Rechtswirksamkeit von der des Kausalgeschäftes keineswegs abhängig.

Gleichgültig für den Begriff des Bevollmächtigten ist es fernerhin, ob dieser unmittelbarer oder mittelbarer Stellvertreter ist, ob

[1]) Ammon, S. 38, Draheim, S. 20, Cartier, S. 6, R. G. 39/387.
[2]) heute unbestritten, vgl. Frank, S. 565, Olshausen, S. 1442, Leopold, S. 28, Engelhardt, S. 18 u. a. m.

er General- oder nur Spezialvollmacht besitzt, ob er voll- oder minderjährig ist.[1])

Auch das Erlöschen der Vollmacht hat für den Begriff des Bevollmächtigten i. S. d. § 266 Ziff. 2 St. G. B. keine Bedeutung, unter der wesentlichen Voraussetzung, daß der Tatbestand der §§ 169, 171, 175 BGB. gegeben ist. Denn „solange das Zivilrecht eine Vollmacht als rechtswirksam ansieht, hat auch das Strafrecht prinzipiell keine Veranlassung sie abzulehnen."[2])

Dementsprechend wird man andererseits aber auch das Vorhandensein aller der Umstände fordern müssen, von deren Existenz oder Nichtexistenz das Bürgerliche Recht die Wirksamkeit der Vollmacht selbst abhängig macht. Bedarf daher die Vollmacht im konkreten Falle[3]) nach Zivilrecht einer Form, so ist deren Beobachtung auch wesentliche Voraussetzung einer Bestrafung aus § 266 Ziff. 2 St. G. B.[4])

Von den in Rechtslehre und Rechtsprechung lebhaft erörterten Streitfragen darüber, welche Personen im Einzelnen „Bevollmächtigte" im Sinne des § 266 Ziff. 2 St. G. B. sind, interessiert zunächst am meisten die, ob Beamte als solche hierher gehören.

Das R. G.[5]) hat die Frage bejaht für den Fall, daß sie kraft ihrer Stellung zu privatrechtlichen Handlungen mit bindender Wirkung für den Staat oder eine Korporation berufen sind.

Diese Ansicht hat in dem ganz überwiegenden Teil der Rechtslehre[6]) einmütigen Widerspruch ausgelöst.

Begründet wird dieser Widerspruch, wie folgt:

Zum Begriff der Vollmacht im Sinne des § 266 Ziff. 2 St. G. B. gehöre, daß diese auf einem Rechtsgeschäft privatrechtlicher Natur beruhe. Deshalb könnten Beamte niemals taugliche Subjekte aus § 266 Ziff. 2 sein, da ihre Vertretungsmacht auf einem Rechtsgeschäft beruhe, auf welches die Grundsätze des Privatrechts schlechterdings nicht angewendet werden könnten. Als Personen mit öffentlich-rechtlichem Charakter wären die Beamten höchstens taugliche Subjekte der Ziff. 1 des § 266 St. G. B., da sie hier aber nicht genannt seien, so könnten sie sich wegen Untreue nicht strafbar machen.

Es ist das Verdienst H. Mayers[7]) darauf hingewiesen zu haben, daß diese Begründung zur Ablehnung der Tätereigenschaft der Beamten nicht ausreicht. Der Fall ist vielmehr denkbar, daß die Vertretungsmacht der Beamten auf einem rein bürgerlichen Rechts-

[1]) Vgl. § 165 BGB., Binding, S. 400, Frank, S. 565.
[2]) Cartier, S. 16.
[3]) So in den Fällen der §§ 1484, Abs. 2, 1945 Abs. 2 BGB., der §§ 29 ff. GBO., § 80 ZPO. u. a. m.
[4]) Binding, S. 400, Ammon, S. 64.
[5]) R. G. 4/683, 15/41.
[6]) Binding, S. 399, Frank, S. 565, Cartier, S. 17, Draheim, S. 25, Konrad, S. 29, Freudenthal S. 109, Engelhardt, S. 20, Leopold, S. 31.
[7]) S. 257.

geschäft beruht:[1]) „Deutlich wird dies, wenn der Beamte intern zum Abschluß nicht befugt ist, aber etwa auf Grund einer Urkunde oder einer Mitteilung nach § 171 BGB. handelt. Diese Mitteilung ist natürlich, auch wenn sie vom Staat abgegeben wird, eine ganz gewöhnliche zivilistische Vollmachtserklärung. Denn soweit der Staat im Privatrechtsverkehr auftritt, lebt er mit seinen Bürgern nach bürgerlichem Recht. Es müßte also mindestens der Beamte, der den Staat privatrechtlich vertritt, und der auf Grund externer Vollmacht handelt, als Bevollmächtigter betrachtet werden."[2])

In der Tat zeigen diese Darlegungen H. Mayers, daß die Gründe, die bisher in der Literatur[3]) gegen die Tätereigenschaft der Beamten aus § 266 Ziff. 2 St. G. B. ins Treffen geführt worden sind, nicht ausreichen, da sie nicht allen möglichen Fällen einer Beamtenuntreue gerecht werden. Das systematische Auslegungsmoment, mit dem H. Mayer[4]) die Tätereigenschaft der Beamten aus § 266 St. G. B. verneint, verdient daher durchaus den Vorzug vor der bisherigen Beweisführung: „Aus dem Sprachgebrauch läßt sich mit Sicherheit entnehmen, daß Beamte nicht unter die Bestimmung (sc. Untreue-) gestellt werden sollen. Aus § 266 Ziff. 2 St. G. B. läßt sich aber kein besonderer Beamtenbegriff gewinnen. So erhält die Abgrenzung nur dann einen Sinn, wenn man bedenkt, daß für Beamte an Stelle der Untreuebestimmungen das Sonderstrafrecht der Beamten steht. . . . Diejenigen Kategorien also, welche als Beamte unter die besonderen Strafbestimmungen für Beamte fallen, sind nicht als Bevollmächtigte im Sinne von § 266 Ziff. 2 anzusehen, sofern sie als Beamte handeln."

Sehr umstritten ist auch die Frage nach der Zugehörigkeit des Gerichtsvollziehers zu den tauglichen Subjekten der Ziff. 2. Ist er „Bevollmächtigter" des Gläubigers? Seine Bevollmächtigteneigenschaft wird für das Strafrecht von der überwiegenden Mehrheit in der Wissenschaft in Uebereinstimmung mit der Praxis des R. G. bejaht.[5])

Das Gesetz selbst sagt über die Tätigkeit des Gerichtsvollziehers in § 753 ZPO.: „Die Zwangsvollstreckung erfolgt . . . durch Gerichtsvollzieher, welche dieselbe im Auftrage des Gläubigers zu bewirken haben." Auch in § 754 ZPO. ist von dem „Auftrage zur Zwangsvollstreckung" und der „Beauftragung des Gerichtsvollziehers" die Rede. Durch den Wortlaut dieser Gesetzesstellen könnte man geneigt sein, den Gerichtsvollzieher als „Bevollmächtigten" des Gläubigers und daher als tauglichen Täter aus § 266 Ziff. 2 St. G. B. anzusprechen. Aber man darf sich nicht lediglich durch den Wortlaut über die Tatsache hinwegtäuschen, daß in dem

[1]) H. Mayer a. a. O., Leopold, S. 31.
[2]) H. Mayer a. a. O.
[3]) Vgl. Anm. 6, S. 22.
[4]) S 258.
[5]) Frank, S. 565, Draheim, S. 25, Cartier, S. 11, R. G. 15/42, 56/101; a. M. Konrad, S. 28

Worte „Auftrag“ in § 753 ZPO. nicht der Begriff gemeint sein kann, den das Bürgerliche Recht mit ihm verbindet. Das erhellt schon aus der bloßen Tatsache, daß der Gerichtsvollzieher stets Anspruch auf Entschädigung für seine Tätigkeit hat, während der Auftrag im Sinne des BGB. grundsätzlich unentgeltlich ist. Im Sinne des § 753 ZPO. bedeuten aber weiterhin die Worte „Auftrag des Gläubigers“ nichts anderes als das Ersuchen des Gläubigers um Rechtsschutzgewährung, ebenso wie das Wort „Beauftragung“ in § 754 ZPO., das in diesem Zusammenhang überhaupt sinnlos ist, die Vollmacht des Gerichtsvollziehers zur Vornahme der in § 754 ZPO. näher bezeichneten Handlungen darstellt. Diese Vollmacht des Gerichtsvollziehers beruht aber eben nicht auf einem Privatrechtsgeschäft zwischen ihm und dem Gläubiger, sondern vielmehr auf dem Gesetz, auf § 754 ZPO. selbst.

Es ist daher der von Voß[1]) begründeten Anschauuung beizustimmen, daß der Gerichtsvollzieher bei dem Vollstreckungsakt nur als staatliches Organ in Betracht kommt und in keiner Hinsicht dabei Beauftragter im bürgerlichrechtlichen Sinne oder gar Stellvertreter des Gläubigers ist. Auch das R. G., das früher[2]) den Standpunkt vertrat, daß der Gerichtsvollzieher zwar nach außen hin Beamter, im Innenverhältnis jedoch Bevollmächtigter des Gläubigers sei, dieser insoweit also eine Doppelstellung einnehme, hat in einer späteren Entscheidung (RGZ. Bd. 82, S. 85 ff.) sich der öffentlich-rechtlichen Auffassung angeschlossen. Für den als Beamten handelnden Gerichtsvollzieher ist aber, wie oben[3]) dargelegt, kein Raum zur Anwendung der Ziff. 2 des § 266 St. G. B.

Das schließt jedoch, wie Weismann[4])mit Recht hervorhebt, nicht aus, daß das Verhältnis des Gerichtsvollziehers zum Gläubiger auch seine bürgerlichrechtliche Bedeutung haben kann. Insofern nämlich der Gerichtsvollzieher gegen den ersuchenden Gläubiger Anspruch auf Ersatz seiner Auslagen hat, ist er mit seinem privaten Interesse an der Ausführung des Ersuchens beteiligt; fernerhin auch, soweit von dem Gläubiger ihm eine besondere Vollmacht zu anderen als den in § 754 ZPO. genannten Maßnahmen, z. B. Vergleich, Stundung usw. erteilt ist, zu denen der Gerichtsvollzieher eben einer besonderen Vollmacht bedarf. Insoweit handelt der Gerichtsvollzieher nicht als Amtsträger, eine Untreuehandlung des Gerichtsvollziehers i. S. d. § 266 Ziff. 2 St. G. B. ist daher in diesem Falle möglich. Und nur insoweit kann demnach von einer Doppelstellung des Gerichtsvollziehers die Rede sein, nicht aber in dem vom Reichsgericht früher vertretenen Sinne.

Umstritten ist fernerhin die Frage, ob der Teilhaber der offenen Handelsgesellschaft als Bevollmächtigter im Sinne unserer Ge-

[1]) Voß, in Gruch. Beitr. Bd. 23, S. 232 ff., ferner Weismann a. a. O., S. 80 ff., Hellwig-Oertmann, §§ 270, 271.
[2]) RGZ. 16/396 ff.
[3]) Vgl. S. 23.
[4]) a. a. O.

setzesbestimmung anzusehen ist. Binding,[1]) dem sich auch Ammon[2]), Draheim[3]) und Freudenthal[4]) angeschlossen haben, verneinen die Frage mit der Begründung, daß die Vollmacht des Teilhabers einer O. H. G. nicht auf freier Willenserklärung der übrigen Gesellschafter, sondern vielmehr auf Gesetz beruhe. Dem ist m. E. nicht beizutreten. Denn § 125 H. G. B. stellt es in das freie Ermessen der Vertragsschließenden, ob im Einzelfalle[5]) dem neu aufgenommenen Gesellschafter Vertretungsmacht eingeräumt werden soll oder nicht. Die Entstehungsursache der Vollmacht des offenen Handelsgesellschafters bildet somit der Gesellschaftsvertrag selbst; denn machen die Gesellschafter von dem ihnen gem. § 125 HGB. zustehenden Rechte des Ausschlusses der Vertretungsmacht keinen Gebrauch, so geben sie damit stillschweigend ihr (Einverständnis zur Vertretungsbefugnis des betreffenden Gesellschafters kund und bevollmächtigen ihn somit.[6])

Nicht auf Rechtsgeschäft, sondern auf Gesetz beruht dagegen die Vertretungsmacht des Inhabers der elterlichen Gewalt (§ 1626 BGB.) und des Ehemannes, dem nach § 1363 BGB. die Verwaltung des Frauenvermögens zusteht. Sie scheiden daher aus dem Kreis der tauglichen Untreuetäter der Ziff. 2 des § 266 St. G. B. aus. Was den Ehemann anlangt, so muß dieser Satz jedoch auch hier eine Ausnahme erleiden, wenn seine Vertretungsmacht auf Ehevertrag beruht.

§ 5. Die tauglichen Deliktssubjekte des § 348 d. Entw. v. 1930.

Schon im Vorhergehenden wurde darauf hingewiesen, daß es das Streben des neuen Strafgesetzgebers sein mußte, die Lücken, die der geltende Untreuetatbestand durch seine verworrene Kasuistik bietet und die auch trotz der Ergänzung des § 266 St. G. B. durch mannigfache Spezialgesetze[7]) immer wieder zu neuen Streitfragen Anlaß gab, durch eine begriffliche Umschreibung der tauglichen Täter zu beseitigen. Dieser auch in der Literatur[8]) häufig genug betonten Aufgabe haben sämtliche sechs Entwürfe, die sich mit einem neuen Strafrecht und, was hier besonders interessiert, mit einer neuen Fassung des Untreuetatbestandes beschäftigen, zu lösen unternommen, indem sie mit geringen Abweichungen voneinander in ihrer neuesten Fassung, dem § 348 d. Entw. v. 1930, generell denjenigen als tauglichen Täter der Untreue gelten lassen,

[1]) I. S. 400.
[2]) a. a. O., S. 61.
[3]) S. 25.
[4]) S. 108.
[5]) Bei größeren offenen Handelsgesellschaften wird sogar der vertragliche Ausschluß der Vertretungsmacht des neuen Gesellschafters die Regel bilden.
[6]) Vgl. § 167 Abs. 2 BGB.
[7]) Vgl. §§ 312, 325 Ziff. 9 HGB., § 146 d. Ges. betreff. d. Erwerbs- u. Wirtschaftsgenossenschaften, § 36 d. Hypothekenbankges., § 95 Börsenges.
[8]) So schon Draheim, S. 72, Leopold, S. 45, Cartier, S. 114.

der „die ihm durch Gesetz oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten . . . mißbraucht."

Taugliche Deliktssubjekte der neuen Untreuebestimmung sind also zunächst diejenigen, deren Verfügungs- (sc. Verpflichtungs-) Befugnis auf Gesetz beruht, mithin die gesetzlichen Vertreter. Hierhin gehören zunächst die in § 266 Ziff. 1 St. G. B. genannten Personen mit Ausnahme des Testamentsvollstreckers. Diese werden damit in den neuen Untreuetatbestand übernommen; der Kreis der tauglichen Deliktssubjekte wird aber zugleich auf alle Personen erweitert, deren Vertretungsmacht auf Gesetz beruht. In Abänderung zum geltenden Recht sind jetzt mithin auch der Ehemann, als Verwalter des eingebrachten Gutes, die Ehefrau, als Inhaberin der Schlüsselgewalt und endlich auch der Vater, als Verwalter des Kindesvermögens, taugliche Täter der Untreue.

Eine wesentliche Erweiterung der Zahl der tauglichen Täter ist weiterhin dadurch gegeben, daß jetzt auch die öffentlichen Beamten, soweit sie kraft ihres Amtes fremdes Vermögen verwalten, taugliche Untreuetäter sein können, da unter Gesetz im Sinne des Entwurfs zweifellos auch die Vorschriften des öffentlichen Rechts zu verstehen sind. [1])

Taugliche Täter der Untreue bleiben fernerhin diejenigen Personen, deren Vertretungsbefugnis auf Rechtsgeschäft beruht. Auf Rechtsgeschäft beruht in erster Linie die Befugnis der in § 266 Ziff. 2 St. G. B. genannten Bevollmächtigten, weiterhin gehören hierher die Vollstrecker letztwilliger Verfügungen und endlich auch die zahlreichen Personen, „deren Vertretungsmacht die aus dem Gesetz fließende mittelbare Folge eines Vertragsverhältnisses ist", [2]) wie z. B. die Gesellschafter des BGB. und der O. H. G., die Organe juristischer Personen.

Ebenso wie im geltenden Recht ist es auch nach § 348 d. Entw. v. 1930 gleichgültig, welcher Art das der Vollmachtserteilung zu Grunde liegende Rechtsgeschäft ist, auch bezüglich der Beendigung der Machtstellung und ihrer Wirkung auf die Deliktstauglichkeit gilt das Gleiche, im allgemeinen dürften hier überhaupt die Ausführungen voll aufrecht erhalten werden können, wie sie oben [3]) hinsichtlich des geltenden Rechts gemacht sind.

Hier wie dort wird aber die Frage besonders zu erörtern sein, welchen Einfluß die nach Bürgerlichem Recht zu bestimmende Gültigkeit oder Ungültigkeit des der Bevollmächtigung zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses auf die Deliktstauglichkeit aus § 348 d. Entw. v. 1930 hat.

Olshausen [4]) hält Rechtswirksamkeit des Grundgeschäftes, das zur Erteilung der Machtstellung des Täters Anlaß gab, für

[1]) Olshausen S. 1472, H. Mayer, S. 322.
[2]) Olshausen S. 1472.
[3]) Vgl. S. 21 ff.
[4]) S. 1472.

selbstverständliche Voraussetzung einer Bestrafung aus § 348 Abs. 1 d. Entw. v. 1930.

H. Mayer[1]) dagegen scheint dem gegenteiligen Standpunkt zuzuneigen. Nach seiner Ansicht soll es genügen, wenn das der Vollmachtserteilung zu Grunde liegende Rechtsgeschäft wenigstens nach Ansicht des Bevollmächtigten oder aber des Machtgebers Rechtsgültigkeit besitzt.

Die Begründung[2]) hat zu dieser Frage nicht ausdrücklich Stellung genommen. Jedoch könnte man aus der Wendung: „Der Täter muß einen Gebrauch von seiner Befugnis machen, der eine Verletzung seiner Pflichten enthält" folgern, daß auch die Begründung Rechtswirksamkeit des Grundgeschäfts als notwendige Voraussetzung einer Bestrafung wegen Untreue betrachtet. Denn wo kein gültiges Innenverhältnis vorliegt, wird auch keine Pflicht, in einer bestimmten Richtung zu handeln, erzeugt.

M. E. muß es auch für eine Bestrafung aus § 348 Abs. 1 d. E. v. 1930 gleichgültig sein, welches das rechtliche Schicksal des Grundgeschäftes ist. Gerade nach der Fassung dieser Gesetzesbestimmung, die es in den Worten „durch . . . Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen" . . . . ganz einseitig auf einen Mißbrauch der dem Täter nach a u ß e n eingeräumten Machtstellung abstellt, kann das rechtliche Schiksal des Innenverhältnisses für die Frage der Deliktstauglichkeit keine ausschlaggebende Rolle mehr spielen. Man kann nun m. E. auch nicht dagegen einwenden, daß die Worte „durch Rechtsgeschäft" in § 348 Abs. 1 auf das Innenverhältnis abziele. Denn das Rechtsgeschäft, auf dem jede Vollmacht beruht, ist in erster Linie die ihrer Natur nach abstrakte Bevollmächtigung selbst, nicht aber das Innenverhältnis zwischen Bevollmächtigten und Machtgeber, das vielmehr nur den Beweggrund zur Vollmachtserteilung darstellt.

Aus dieser Erwägung heraus ist daher m. E. auch für die Untreuenorm des Entwurfs[3]) zivilrechtliche Gültigkeit des Innenverhältnisses nicht zu fordern und die Deliktstauglichkeit im gegebenen Fall ohne Rücksicht hierauf zu bejahen.

Nicht in den Kreis der tauglichen Untreuetäter haben dagegen die in Ziff. 3 § 266 St. G. B. genannten Personen[4]) Aufnahme gefunden, da ihre Tätigkeit nicht in einem rechtsgeschäftlichen Handeln besteht, und ihnen auch eine Verfügungsgewalt über fremdes Vermögen fehlt. Wie schon eingangs erwähnt, ist diese Regelung zu begrüßen, da der Untreuetatbestand hierdurch von einem dem Wesen der Untreue nicht entsprechenden Bestandteil befreit wird.[5])

---

[1]) S. 324. Vgl. auch Olshausen a. a. O.

[2]) S. 179.

[3]) Wenn im folgenden von „Entwurf" schlechthin die Rede ist, ist damit stets der Entw. v. 1930 gemeint.

[4]) Mit Ausnahme des Versteigerers.

[5]) Binding, S. 398.

III. Untreue nach § 266 St. G. B. und § 348 d. E. v. 1930 verglichen nach § 6. Objekt und Handlung.

Ebenso wie die tauglichen Untreuetäter normiert das geltende Recht in § 266 St. G. B. die Untreuehandlung nicht einheitlich, sondern nennt sie in Ziff. 1 „handeln zum Nachteil", in Ziff. 3 „benachteiligen", in Ziff. 2 endlich „verfügen zum Nachteil".

Auch das Handlungsobjekt ist in § 266 St. G. B. nicht einheitlich bezeichnet. In Ziff. 1 und 3 wird es überhaupt nicht aufgeführt, während Ziff. 2 „Forderungen und andere Vermögensstücke des Auftraggebers" als Handlungsobjekte bezeichnet.

Wie eingangs erwähnt, handelt es sich bei der Untreue um ein reines Vermögensdelikt. In Ziff. 2 hat der Gesetzgeber durch die Worte „Forderungen und andere Vermögensstücke" hierüber keine Unklarheit gelassen. Für Ziff. 1 war dies jedoch in der älteren Literatur[1]) bestritten. Und zwar wollte man aus der Tatsache, daß es dort „zum Nachteil der ihnen anvertrauten Personen und Sachen" heißt, entnehmen, daß z. B. der Vormund auch für eine Benachteiligung des Mündels nicht vermögensrechtlicher Natur strafbar sei. Dem wird von Binding[2]) mit Recht entgegengehalten, daß ein derartiger krimineller Tatbestand, der neben dem Vermögensdelikt auch noch andere völlig verschieden geartete Handlungen, wie z. B. Kuppelei, Notzucht, Körperverletzung etc., in sich begreifen würde, „einfach ungeheuerlich" wäre. Für die nunmehr herrschende Lehre spricht aber weiterhin die geschichtliche Entwicklung der Untreue und vor allem auch ihre Stellung im System des geltenden Strafgesetzbuches.[3])

Es kann demnach auch das Objekt der Ziff. 1 unseres Gesetzes nur das Vermögen sein, dessen Schutz die Untreuenorm bezweckt. Die Handlung charakterisiert sich daher sowohl in Ziff. 1 als in Ziff. 3 als Vermögensbenachteiligung, da es heute unbestritten ist,[4]) daß die Worte „handeln zum Nachteil" in Ziff. 1 und „benachteiligen" in Ziff. 3 vollkommen gleiche Bedeutung haben.

Der nächste Schritt führt uns jedoch zu dem bekannten Streit über die Frage, was unter dem Begriff des „Vermögens" i. S. d. § 266 St. G. B. zu verstehen ist.

Nach Binding[5]) ist „im Rechtssinne jeder an seinem Vermögen geschädigt, der ohne die Billigung des Gesetzes um sein Vermögensrecht oder um die Sache, an der es besteht, oder um die Möglichkeit seiner vollen Ausnutzung gebracht wird, sowie derjenige, dem nicht geleistet wird, was er rechtlich zu fordern hat, und dem grundlos eine Leistungspflicht auferlegt wird, ganz einerlei, ob wirtschaftlich jene Einbuße wie in den weitaus meisten

[1]) Meyer, S. 632, Ammon, S. 44 ff., 59.
[2]) I. S. 396.
[3]) 22: Abschnitt: Betrug und Untreue.
[4]) Freudenthal, S. 110, Frank, S. 566 u. a. m.
[5]) I. S. 239 ff.

Fällen sich auch als Verlust oder aber ausnahmsweise als Gewinn darstellt."

Das R. G. [1]) und der überwiegende Teil der Rechtslehre [2]) haben sich gegen diese Auffassung ausgesprochen. Der natürliche Wortsinn, sagt Holtzendorff [3]) wäre mit Bindings Ansicht verleugnet, ohne daß sich für diese Verleugnung irgend eine Rechtfertigung erbringen ließe. Ein Grund zu der Annahme, daß der Gesetzgeber von Vermögensbeschädigung in einem sprachlich unmöglichen Sinne rede, daß er nämlich das Erfordernis einer wirklichen Beschädigung nicht aufstellen, sondern ausschließen wolle, bestehe nicht. Auf diese Weise kommen die Vertreter dieser Auffassung zu der Ansicht, daß nur dort eine Vermögensbeschädigung vorliege, wo sie in einer geldwerten Verminderung der zu dem Vermögen gehörenden Güter besteht.

Wieder einen anderen Standpunkt hinsichtlich der Frage, was unter dem Vermögensbegriff im Strafrecht zu verstehen ist, nimmt H. Mayer [4]) ein. Er wendet sich zunächst gegen die Auffassung, die den Vermögensbegriff auch im Strafrecht nach bürgerlich-rechtlichen Gesichtspunkten auslegen will. [5]) Das Bürgerliche Recht kenne nur wenige Rechtssätze, welche das Vermögen als Ganzes beträfen und gerade in diesen werde das Wort Vermögen in sehr verschiedener Bedeutung gebraucht. So sei der Begriff des Vermögens bei der Erbfolge ein anderer als der Vermögensbegriff des Konkursrechtes, und wieder andere Bedeutung habe der Vermögensbegriff im Vertrag über das Vermögen als Ganzes. Auch könne der Vermögensbegriff des Schadensersatzrechtes, obwohl dieses geschichtlich dem Strafrecht am nächsten stände, für eine Auslegung des Vermögensbegriffes im Strafrecht keine Verwendung finden. Ein Schaden im Sinne des § 823 BGB. sei nicht immer auch ein Schaden im Sinne des § 263 St. G. B., auch wenn er durch die Mittel des Betruges begangen sei. [6])

Ein besonderer Grund, welcher den bürgerlich-rechtlichen Vermögensbegriff für das Strafrecht unanwendbar mache, beruhe fernerhin darin, daß das Strafrecht zweifellos auch Vermögensrechte öffentlichen Charakters zu schützen berufen sei. Keinesfalls könne aber der Vermögensbegriff als ein ökonomischer Begriff bezeichnet werden. Die Meinung, daß Vermögen im Sinne des Strafrechts ein wirtschaftlicher Begriff sei, wie es in der Reichsgerichtspraxis [7]) mehrfach ausgesprochen sei, sei unhaltbar, wenn man sich die Frage vorlege, ob dann etwa der Betrugstatbestand seine genauere Begrenzung jeweils daraus erfahren solle,

[1]) R. G. 16/1, 17/233, 41/74, 44/233.
[2]) Olshausen, S. 1383, Meier-Allfeld, S. 325, u. a. m.
[3]) a. a. O.
[4]) S. 145 ff.
[5]) wie dies Binding tut.
[6]) Vgl. das Beispiel H. Mayers, S. 149.
[7]) Vgl. die Anm. 1, zit. Entsch.

was die in ihren Begriffen recht wandelbare Volkswirtschaftslehre unter Vermögen versteht.

H. Mayer gelangt so zu der Feststellung, daß ein einheitlicher Vermögensbegriff überhaupt nicht anzunehmen ist.[1]) Vielmehr könne nur aus der Geschichte der einzelnen Delikte entnommen werden, durch welche Angriffe der Tatbestand des § 253 St. G. B. erfüllt werde, was eine Vermögensschädigung im Sinne des § 263 St. G. B., was ein Nachteil im Sinne des § 266 Ziff. 1 St. G. B. sei. [2])

Man wird H. Mayer darin Recht geben müssen, daß der Hinweis auf den Vermögensbegriff des Zivilrechts ganz besonders fragwürdig erscheint; „denn dieser Hinweis wäre ein Wegweiser mit sehr viel Armen zu den verschiedensten Gegenden."[3]) Ueberzeugend erscheint fernerhin auch die Beweisführung, mit der H. Mayer der Auslegung des Vermögensbegriffes nach rein ökonomischen Gesichtspunkten begegnet. Die Feststellung jedoch, daß ein einheitlicher Vermögensbegriff überhaupt nicht anzunehmen sei, dieser sich vielmehr je nach der besonderen Gestaltung der Deliktstatbestände der Vermögensverbrechen bemesse, erscheint m. E. schlechterdings nicht tragbar. Für den Vermögensnachteil, der durch betrügerische Mittel hervorgerufen wird, kann schließlich kein anderer Maßstab angelegt werden, als für den, der durch das typische Mittel der Untreue, den Mißbrauch rechtlicher Machtstellung, erzeugt wird. Wollte man hier mit H. Mayer einen begrifflichen Unterschied machen, so würde Unsicherheit in der Anwendung des Strafgesetzes auch hier wieder die Folge sein, ganz abgesehen davon, daß dann der Begriff der Vermögensverbrechen überhaupt entfiele, eine Tatsache, die dem Bemühen nach einer systematischen Einteilung der Straftatbestände bestimmt nicht dienlich wäre.

Erscheint demnach eine einheitliche Bestimmung des Vermögensbegriffes gerade für das Strafrecht unentbehrlich, und ist an der wirtschaftlichen Auffassung vom Vermögensbegriff der Leitgedanke richtig, daß das Strafrecht stets von einer realistischen Auffassungsweise ausgeht,[4]) so ist zunächst einmal als Maßstab für das Vermögen dessen Geldwert von ausschlaggebender Bedeutung. Unter den Vermögensbegriff können aber weiterhin, da das Strafgesetzbuch ein Rechtsbuch ist,[5]) nur diejenigen Güter einer Person gerechnet werden, über die dieser eine rechtliche Verfügungsbefugnis von der Rechtsordnung eingeräumt ist. M. E. ist daher der Lehrmeinung[6]), die den Begriff des Vermögens in dem „Inbegriff der geldwerten Güter, über die jemand rechtlich

[1]) S. 154.

[2]) Was letztere Bestimmung anlange, so bilde die geschichtliche Grundlage für die Beurteilung des Begriffes Vermögensnachteil, die actio tutelae. (S. 155.)

[3]) S. 149.

[4]) Vgl. H. Mayer, S. 155.

[5]) Binding, I. S. 238.

[6]) Frank, Anm. V. zu § 263 St. G. B. und die dort Zit.

in eigenem Interesse selbst oder durch einen Vertreter verfügen kann" erblickt, entschieden der Vorzug zu geben.

Schließt man sich dieser Auffassung von der Natur des Vermögens an, so umfaßt der Begriff der Güter nicht nur Sachen, sondern auch Rechte. Die Zufügung eines Vermögensnachteils im Sinne des § 266 Ziff. 1 St. G. B. kann daher in der Entziehung von Rechten an einer Sache, in der Entziehung von Ansprüchen ebenso bestehen wie in der Begründung oder Vermehrung von Schuldverbindlichkeiten. „Denn schließlich läuft jeder solche Anspruch für den Verpflichteten auf die Wertminderung oder den Verlust von Gütern hinaus." [1]) Aus dieser Auffassung des Vermögensbegriffes ergibt sich fernerhin, daß eine blos tatsächliche Möglichkeit über ein Gut zu verfügen, nicht genügen kann, vielmehr muß zwischen Person und Gut eine Beziehung der Art bestehen, daß jegliche Verfügung sich auf dem Rechte gründet. Eine blos tatsächliche Anwartschaft auf den Erwerb eines Gutes gehört daher ebenso wenig zum Vermögen wie Werte, die jemand widerrechtlich besitzt. (z. B. die gestohlene Sache.)

Die benachteiligende Handlung der Untreue selbst kann den verschiedensten Inhalt haben. Für die Ziff. 1 unseres Straftatbestandes findet sich keine nähere Bestimmung darüber, in welcher Weise die Handlung vor sich gehen muß. So ist es denkbar, daß die Handlung nicht nur in einem positiven Tun besteht, sondern daß dieser hier wie sonst auch die Unterlassung einer rechtlich gebotenen Handlung gleichsteht. [2])

Das wird von H. Mayer [3]) für die hier vertretene Auffassung vom Wesen der Untreue bestritten: „Besonders unerträglich ist aber die Lücke, welche dadurch entstehen muß, daß alle durch Unterlassung herbeigeführten Rechtsänderungen niemals als Vollmachtmißbrauch aufgefaßt werden können. Man kann eine Vollmacht nur dadurch mißbrauchen, daß man sie gebraucht, d. h. indem man auf Grund der Vollmacht ein gültiges Rechtsgeschäft vornimmt. Durch Untätigkeit kann man eine Vollmacht nicht mißbrauchen. Es könnten demnach nicht wegen Untreue bestraft werden: der Rechtsanwalt, der dolos die Rechtsmittelfrist verstreichen läßt, der Prokurist, der absichtlich eine Forderung verjähren läßt . . . Die Liste dieser durch Unterlassung herbeiführbaren Rechtsverluste ließe sich ja beliebig verlängern."

Dem ist jedoch mit Oetker [4]) entgegenzuhalten, daß zugleich mit der Vollmacht zur Vornahme einer rechtswahrenden Handlung, wie sie die Rechtsmitteleinlegung oder die Unterbrechung der Verjährung darstellt, auch die Vollmacht zu deren Nichtvornahme gegeben ist, sodaß in der durch Unterlassung herbeigeführten Rechtsänderung Vollmachtsmißbrauch zu erblicken ist: „Der Rechts-

[1]) Frank, a. a. O.
[2]) Frank, S. 567.
[3]) S. 113.
[4]) a. a. O., S. 285.

anwalt, der die Vollmacht hat nach seinem Ermessen Rechtsmittel einzulegen, hat auch die Vollmacht, es nicht zu tun, also das Urteil rechtskräftig werden zu lassen,"[1]) ebenso, wie der Prokurist, der zur Klageerhebung zum Zwecke der Unterbrechung der Verjährung Vollmacht hat, damit zugleich zu rechtserheblichem Tun und Nichttun bevollmächtigt ist, sodaß er sich im letzeren Falle eines Vollmachtsmißbrauchs in dem hier vertretenen Sinne schuldig machen kann.

Eine weitere Streitfrage besteht darüber, ob die Untreuehandlung sowohl in der Form der echten als der unechten Unterlassung denkbar und möglich ist. Insoweit nämlich besteht wohl kein Streit, daß jedenfalls Untreue durch die sog. unechte Unterlassung begangen werden kann, m. a. W. wenn der Täter durch seine Unterlassung neben einer Gebotsnorm gleichzeitig eine Verbotsnorm übertritt.[2])

Wiederum ist es H. Mayer,[3]) dem wir eine gründliche Erörterung dieser Frage danken. In seinen Ausführungen hierzu stellt er zunächst fest, daß die sonst übliche Unterscheidung zwischen echter und unechter Unterlassung für die Frage der Untreuebegehung durch Unterlassung gänzlich ausscheiden könne. Die Untreue könne nicht nur durch unechte Unterlassung begangen werden, sondern sie sei vielmehr auch als echtes Unterlassungsdelikt denkbar. An Hand zahlreicher Einzelfälle[4]) führt H. Mayer seine Ansicht durch, um entsprechend seiner oben[5]) näher gekennzeichneten Grundanschauung von dem Wesen der Untreue zu der Feststellung zu gelangen, daß durch Unterlassung, gleich in welcher Form sie geschieht, Untreue dann begangen wird, wenn der Täter durch die Unterlassung sich einer Verletzung seiner besonderen Amts- oder Vertragspflicht schuldig gemacht hat. Die Verpflichtung gehe für die Subjekte der Ziff. 1 des § 266 St. G. B. auch dahin nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu verfahren. Wann eine Unterlassung einen Verstoß gegen Treu und Glauben darstelle, müsse, wie immer wenn das Gesetz darauf verweise, im Einzelfalle durch den Richter festgestellt werden.

Ohne noch einmal in eine Erörterung der Mayerschen Lehre in ihrer prinzipiellen Bedeutung einzutreten, sei hier festgestellt, daß die Ansicht H. Mayers von der Möglichkeit der Untreuebegehung durch sog. echte Unterlassung m. E. auch für die hier vertretene Ansicht vom Wesen der Untreue als Vollmachtsmißbrauch vertretbar ist. Das soll an Hand der von H. Mayer besprochenen Einzelfälle näher dargelegt werden.

Als Fall echter Unterlassung bezeichnet es H. Mayer (S. 170), wenn der Vormund das Bargeld des Mündels unverzinslich in

[1]) Oetker, a. a. O.
[2]) Binding, I. S. 401.
[3]) S. 168 ff.
[4]) auf einige von ihnen kommt Verf. später zu sprechen.
[5]) Vgl. S. 11.

seinem Kassenschrank liegen läßt. M. E. bestehen hier keine Bedenken, diesen Fall als strafbare Untreue auch von dem Standpunkt der hier vertretenen Anschauung vom Wesen der Untreue zu betrachten. Der Vormund ist gemäß § 1806 BGB. verpflichtet, Gelder des Mündels festverzinslich (mündelsicher) anzulegen. Kraft seiner gesetzlichen Vollmacht ist er hierzu rechtlich in der Lage. Gleichzeitig aber ist er, wie bereits oben [1]) mit Oetker [2]) festgestellt haben, durch seine gesetzliche Machtstellung rechtlich in der Lage, die ihm gebotene Handlung nicht vorzunehmen, sodaß durch deren Nichtvornahme ein Mißbrauch der gesetzlichen Machtstellung des Vormunds ebenfalls gegeben ist. Der Einwand H. Mayers (S. 170), daß hier doch aber durch die Unterlassung des Vormundes eine rechtliche Aenderung in dem Verhältnis des Mündels zu dem Gelde nicht eingetreten sei, kann m. E. nicht stichhaltig sein. Denn der Begriff des Vollmachtsmißbrauchs setzt m. E. den Erfolg einer Rechtsänderung in dem Verhältnis der durch § 266 Ziff. 1 St. G. B. geschützten Personen zu dem betreffenden Vermögensstück nicht notwendig voraus. [3]) Entscheidend muß es m. E. vielmehr sein, daß eine Benachteiligung dieser Personen gegeben ist, und daß diese Benachteiligung durch die Vornahme oder Nichtvornahme einer rechtlich erheblichen Handlung des Täters, also durch Mißbrauch seiner rechtlichen Machtstellung stattgefunden hat. Die unverzinsliche Aufbewahrung des Mündelgeldes stellt aber wohl unzweifelhaft die Nichtvornahme einer rechtlich erheblichen Handlung dar, da die verzinsliche Anlegung des Geldes schlechterdings nur durch eine Handlung rechtlicher Natur, nämlich durch Rechtsgeschäft bewirkt werden kann. Verf. würde daher auch keine Bedenken tragen, den weiterhin von H. Mayer [4]) zitierten Fall, den dieser ausdrücklich als Fall echter Unterlassung bezeichnet, als strafbare Untreue anzusprechen.

Der Vormund zögert mit dem Eintragungsantrag für eine Hypothek des Mündels, um einen Dritten die Priorität vor dem Mündel gewinnen zu lassen. Auch hier stellt sich m. E. die Unterlassung des rechtzeitigen Eintragungsantrages als Nichtvornahme (besser: nicht rechtzeitige Vornahme) einer rechtlich erheblichen Handlung dar, der Vollmachtsmißbrauch erscheint daher auch hier gegeben.

Diese Feststellung gibt zugleich wichtige Grenzen für den Umfang der Untreuehandlungen durch Unterlassung. Die Unterlassung einer Handlung rein tatsächlicher Natur kann nach der hier vertre-

[1]) S. 31.

[2]) a. a. O., S. 285.

[3]) Diese Feststellung kann selbstverständlich nur für die auf Grund der Ziff. 1 des § 266 St. G. B. durch Unterlassung begangene Untreue gelten. Sie gilt nicht für § 266 Ziff. 2; denn dort setzt der Begriff der Verfügung eine Rechtsänderung in dem Verhältnis der geschützten Person zu dem Täter notwendig voraus, wie noch später ausgeführt werden wird. Wie überhaupt, so ist auch hierin der Tatbestand der Ziff. 2 des § 266 St. G. B. enger.

[4]) S. 171.

tenen Anschauung Untreue schlechterdings nicht darstellen: z. B. der Vormund läßt die zum Mündelvermögen gehörigen Aecker verwildern. Untreue begeht er nicht.[1])

Daß fernerhin auch die Unterlassung einer rechtlich dem Täter nicht gebotenen Handlung Untreue nicht darstellen kann, braucht in diesem Zusammenhang wohl nur kurz erwähnt zu werden, allerdings mit dem Hinzufügen, daß die Gebotsnorm sich nicht immer ausdrücklich aus dem Gesetz für den jeweiligen Täter ergeben muß. Auch eine nicht vom Gesetzgeber besonders verankerte Verpflichtung des Täters stellt eine Gebotsnorm dar, wenn sie sich nur aus seiner rechtlichen Machtstellung allgemein ergibt.[2])

Was nun die positive Untreuehandlung der in Ziff. 1 des § 266 St. G. B. genannten Personen anbetrifft, so ist auch hier zu fordern, daß sie stets rechtlicher Natur sein muß; im einzelnen können wir jedoch hier auf die bei Erörterung des Wesens der Untreue gewonnenen Erkenntnisse verweisen.[3])

Die Handlung selbst muß nun nach § 266 St. G. B. einen Vermögensnachteil tatsächlich zur Folge haben. Was die Ausdrucksweise in Ziff. 1 „zum Nachteil handeln" angeht, so könnte man, zumal sie in einem Kondicionalsatz steht, annehmen, daß hier zur Vollendung des Delikts neben dem eingetretenen Erfolg auch der in der benachteiligenden Richtung sich betätigende Wille genüge. Dies ist jedoch nicht der Fall. Bleibt der Nachteil aus, so liegt höchstens eine versuchte Untreue vor. Dies geht daraus hervor, daß zweifellos in den Ziff. 2 und 3 des § 266 St. G. B. der Eintritt eines Nachteils erforderlich ist. Es erscheint aber unmöglich, daß bei ein und demselben Tatbestand der Untreue als Ganzes sowohl die Willensbetätigung als auch der eingetretene Erfolg als Tatbestandsmerkmal anzusehen ist.[4])

Verlangt aber § 266 Ziff. 1 St. G. B. den tatsächlichen Eintritt eines Vermögensnachteils, so kommt darin, zugleich auch in dem Mangel einer besonderen Bestimmung (vgl. §§ 1, 43 Abs. 2 St. G. B.), zum Ausdruck, daß der Versuch der Untreue straflos bleibt.

Daß jedoch der Vermögensnachteil ein dauernder sein muß, wird in § 266 St. G. B. (ebenso wie z. B. beim Betrug) nicht gefordert; die reparatio damni des Täters schließt daher, selbst wenn ihre Möglichkeit zur Zeit der Tat bestand, die Strafbarkeit nicht aus.[5])

Erheblich enger als in den beiden übrigen Ziffern faßt das Gesetz Objekt und Handlung in § 266 Ziff. 2. Der Bevollmächtigte begeht nämlich nach geltendem Recht nur dann Untreue, wenn er „über Forderungen oder andere Vermögensstücke des Auftraggebers zum Nachteil desselben verfügt." Im Gegensatz zu Ziff. 1

[1]) so auch Binding, I. S. 398.
[2]) Ebenso H. Mayer, S. 171.
[3]) Vgl. S. 12 ff.
[4]) Binding, II. S. 221, R. G. 16/18.
[5]) R. G. 36/400.

und 3 unseres Gesetzes ist daher nicht das Vermögen in seiner Gesamtheit Objekt der Bevollmächtigtenuntreue, sondern, wie die Wortfassung außer Zweifel stellt, die einzelne Forderung, das einzelne Vermögensstück des Auftraggebers. Zwangsläufig scheiden daher alle Handlungen des ungetreuen Bevollmächtigten, die eine Benachteiligung des Vermögens in seiner Gesamtheit enthalten, für eine Anwendungsmöglichkeit des § 266 Ziff. 2 St. G. B. aus. Die Belastung des Vermögens des Auftraggebers mit einer Schuldverbindlichkeit fällt demnach nicht unter den äußeren Tatbestand des § 266 Ziff. 2 St. G. B.

Diese empfindliche Lücke innerhalb des wichtigsten Teiles unserer Untreuebestimmung hat Binding[1]) als erster zu überbrücken versucht, der zu dieser Frage ausführt:

„Zwar deutet der Wortlaut des § 266 Ziff. 2 auf den Verlust oder die Verringerung von Aktiven hin. Man wird ihn jedoch ausdehnend auslegen müssen; es liegt gewiß nicht in der Absicht des Gesetzes, die reine Belastung des Vermögens durch Anerkennung nicht bestehender Schulden von der Untreue auszuschließen, um so weniger, als diese Belastung über Aktiva schon antecipando verfügt."

Daß Bindings erweiternde Auslegung für einen neu zu schaffenden Untreuetatbestand äußerst wertvoll war, ist in der Literatur wiederholt betont worden.[2]) Bei dem unzweideutigen Wortlaut unseres Gesetzes, das hier ausdrücklich die Einzelbestandteile des Aktivvermögens als Handlungsobjekte nennt, ist sie jedoch für das geltende Recht abzulehnen,[3]) und es verbleibt bei dem oben aufgestellten Satze.

Bei der Definition der Begriffe „Forderungen und andere Vermögensstücke" ist es vor allem dem Begriff des Vermögensstückes, dessen Auslegung eine Reihe von Streitfragen zur Folge gehabt hat, auf deren hauptsächlichste hier eingegangen werden soll.

Z. B.: Der Prokurist gibt seinem Gläubiger zur Begleichung seiner Schuld ein von ihm mit der Firma seines Prinzipals gezeichnetes Wechselakzept. Liegt in der Begebung des Wechsels eine Verfügung des Bevollmächtigten über ein „Vermögensstück" des Auftraggebers?

Das R. G. hat die Frage in ständiger Rechtsprechung bejaht, indem es hierzu ausführt:[4])

„Daß ein Wechselakzept bis zur Begebung als ein dem Akzeptanten zustehendes Vermögensstück anzusehen ist, unterliegt keinem Bedenken. Eine Schuldverbindlichkeit wird für den Akzeptanten erst durch die Begebung geschaffen. Bis dahin ist das Akzept ein Wertobjekt des Akzeptanten, dessen Wert sich für ihn

[1]) S. 401.
[2]) Cartier, S. 28, Freudenthal, S. 111.
[3]) Freudenthal, a. a. O., hat Binding im einzelnen treffend widerlegt.
[4]) R. G. 10/387, vgl. auch 13/376, 14/184, 23/315.

gerade dadurch manifestiert, daß derselbe durch die Begebung mit einer Schuld in Höhe der Wechselsumme belastet wird."

Es geht aus den Ausführungen des R. G. unmittelbar hervor, daß diese Argumentation nur vom Standpunkt der wirtschaftlichen Auffassung des Vermögensbegriffes überhaupt möglich ist. Aber auch von diesem Standpunkt aus betrachtet ist die Beweisführung des R. G. m. E. irrig, und zwar auf Grund folgender Erwägung:

Nach der wirtschaftlichen Auffassung des Vermögensbegriffes sind, wie eingangs erwähnt, Vermögensstücke die Einzelbestandteile des Inbegriffs aller geldwerten Güter einer Person. Das Vermögen selbst besteht in der Summe aller Einzelbestandteile, aller Vermögensstücke. Gesetzt nun den Fall, das Vermögen einer Person bestände nur aus Vermögensstücken im Sinne der reichsgerichtlichen Anschauung, nämlich aus Wechselakzepten, diese Person wäre selbst der Akzeptant der noch nicht indossierten Papiere.[1]) Welches wäre der Geldwert dieses Vermögens, der allein den Maßstab für den Vermögensbegriff bilden soll? Kann hier überhaupt von einem Vermögen die Rede sein? Bestimmt nicht, denn der Geldwert „dieses Vermögens" würde nicht über den Papierwert der benutzten Formulare hinausgehen, also null und nichtig sein, mögen auch die in den Urkunden bezeichneten Beträge noch so hoch sein.

Weiterhin: Ein Vermögensstück wird dem Vermögen einer Person nicht nur durch dessen Weggabe entzogen. Es kann auch dadurch aus dem Vermögen ausscheiden, daß es vernichtet wird. Gesetzt den Fall, das Wechselakzept wäre durch den Bevollmächtigten zerrissen oder verbrannt worden. Um welches geldwerte Gut wäre der Akzeptant geschädigt, um welchen Betrag ärmer geworden? Wiederum nur um den wirtschaftlich bedeutungslosen Papierwert des benutzten Formulars, also um ein Nichts. Denn daß der Papierwert das Wechselakzept nicht zum „Vermögensstück" macht, ist vom R. G. ausdrücklich selbst anerkannt worden.[2])

Volle Anerkennung verdient hierzu der Satz Freudenthals, [3]) welcher der Beweisführung des R. G. mit den Worten entgegentritt: „Eine nicht kontrahierte Schuld ist doch kein Aktivum, sonst wäre ja jeder Mensch unendlich reich."

Man wird es demnach ablehnen müssen, der Beweisführung, mit der das R. G. dem Wechselakzept die Eigenschaft eines Vermögensstückes zuzusprechen versucht, zu folgen. Es verfällt vielmehr in denselben Fehler, den es bei Binding bei seiner Ansicht über das Eingehen von Schuldverbindlichkeiten als Verfügung über Vermögensstücke i. S. d. § 266 Ziff. 2 St. G. B. aufs energischste bekämpft. Es vollzieht eine ausdehnende Auslegung des Begriffs „Vermögensstück", und zwar eine solche, die mit § 2 St. G. B.

[1]) Das ist hierbei wesentliche Voraussetzung.
[2]) R. G. 13/376.
[3]) S. 111.

nicht mehr in Einklang zu bringen ist. Die Beweisführung des RG. wird denn auch von dem ganz überwiegenden Teil der Rechtslehre [1]) abgelehnt, die im übrigen der beste Beweis dafür ist, daß der Begriff „Wirtschaft" — wie H. Mayer [2]) treffend hierzu bemerkt — nicht geeignet ist, „als Zauberschlüssel zu dienen, mit dem Schatzkammern juristischer Ergebnisse geöffnet werden können, die auf weniger zauberhaftem Wege nicht zu entriegeln sind."

Die Forderungen und Vermögensstücke müssen, wenn sie taugliche Objekte der Untreuehandlung sein sollen, solche des Auftraggebers sein. Auch hier wieder ist die Frage, wann sie es sind, nach den Vorschriften des Bürgerlichen Rechts zu beantworten, so daß nur solche Sachen, die nach den zivilrechtlichen Bestimmungen im Eigentum des Auftraggebers sich befinden, und solche Forderungen, die ebenfalls nach Zivilrecht dem Auftraggeber als berechtigem Subjekt zustehen, Objekte der Handlung sein können.

Dies kann heute als unbestritten [3]) angesehen werden, und selbst das RG. [4]), das sonst nur allzu geneigt ist, die Lücken des Untreuetatbestandes dadurch zu überbrücken, daß es die Tatbestandsmerkmale im weitergehenden wirtschaftlichen Sinne auszulegen trachtet, hat der hauptsächlich in der älteren Literatur [5]) vertretenen Ansicht, daß auch hier die wirtschaftliche Zugehörigkeit zum Vermögen des Auftraggebers entscheidendes Kriterium für die Auslegung der Ziff. 2 § 266 St. G. B. sei, kein Gehör geschenkt.

Daß in der Tat die Lehre von einem besonderen, sog. „strafrechtlichen Eigentum" gerade auch bei unserer Gesetzesbestimmung zu unmöglichen Konsequenzen führt, darauf weist besonders Draheim [6]) hin:

Wie nämlich die Wortfassung „Forderungen und andere Vermögensstücke" außer Zweifel stellt, ist der Begriff der Forderung dem Oberbegriff des Vermögensstückes unterzuordnen. Wer aber Subjekt einer Forderung ist, darüber kann schlechterdings nur das materielle Recht befriedigenden Aufschluß geben. Es wäre nun ein unhaltbarer Widerspruch, wenn das Gesetz bei der Frage, wem das Vermögensstück zugehört, hinsichtlich der einen Vermögensstücke, der Forderungen, an das materielle Recht, hinsichtlich der anderen an die Wirtschaftslehre verwiese.

Daß aber bei der allein zulässigen materiellrechtlichen Auslegung der Wortfassung „Vermögensstücke des Auftraggebers" eine recht unerwünschte Einengung des Anwendungsbereichs des § 266 Ziff. 2 St. G. B. zu Tage tritt, liegt klar auf der Hand. Denn

[1]) Binding, S. 401, Allfeld, S. 486, Ammon, S. 74 ff., Draheim, S. 31, Konrad, S. 36 ff., Cartier, S. 23, Freudenthal, S. 111.

[2]) S. 265.

[3]) Frank, S. 566, Binding, S. 402, Draheim, S. 33, Freudenthal, S. 111, Cartier, S. 29. Engelhardt, S. 37.

[4]) RG. 2/186, 20/385, 56/121.

[5]) Kronecker, Goldt. Arch. 34/402, Merkel, H. H. III., S. 783.

[6]) S. 33.

dann versagt unsere Gesetzesbestimmung in all den Fällen, in denen der Bevollmächtigte nach materiellrechtlichen Grundsätzen Eigentum an dem Vermögensstück erworben hat. Dies ist aber im Hinblick auf § 164 Abs. 2 BGB. stets der Fall, wenn der Bevollmächtigte für den Auftraggeber Sachen an- oder verkauft, ohne daß dem Vertragsgegner das Stellvertretungsverhältnis bekannt ist oder von dem Bevollmächtigten bekannt gemacht wird, also ganz allgemein im Falle der indirekten Stellvertretung. Hier wird demnach eine Bestrafung des ungetreuen Bevollmächtigten stets unmöglich sein, wenn nicht der — aber in der Praxis kaum zu führende — Beweis gelingt, daß der Bevollmächtigte schon im Augenblick der Verfügung über das Vermögensstück die Absicht, seinen Auftraggeber zu benachteiligen, gehabt hat.[1]) Bei der Vielzahl dieser Fälle und im Hinblick darauf, daß nun eine Bestrafung des ungetreuen Bevollmächtigten willkürlich davon abhängig ist, ob er als offener oder verdeckter Stellvertreter auftritt, muß dies in der Tat — wie Binding[2]) treffend bemerkt — „der materiellen Gerechtigkeit schweren Abbruch tun."

Abweichend von Ziff. 1 und 3 unseres Gesetzes verlangt Ziff. 2 § 266 St. G. B. als Handlung eine „Verfügung" des Bevollmächtigten über Forderungen und andere Vermögensstücke des Auftraggebers. Auch diese Ausdrucksform des Gesetzes hat zu Streitfragen Anlaß gegeben.

Das RG.[3]), das sich des öfteren mit dem Begriff der „Verfügung" des § 266 Ziff. 2 St. G. B. zu befassen hatte, legt seine Meinung dahin fest, daß unter Verfügung eine Maßregel zu verstehen ist, die in irgend einer Weise eine Veränderung in dem Verhältnisse des Auftraggebers zu dem betreffenden Vermögensstücke herbeiführt: „Auf den Erfolg, nicht auf die Art des Handelns kommt es an."

Für Binding[4]) und seine Anhänger ist konsequent ihrer Grundansicht Verfügung die rechtsgeschäftliche Veräußerung, Belastung oder Vernichtung des fraglichen Rechts.

H. Mayer[5]) wendet sich gegen beide Auslegungen. Er bezeichnet die Definition des RG. als wertlos, weil sie schließlich an Stelle des vagen Wortes „verfügen" nur das noch vagere Wort „verändern" setze.[6]) Er bekämpft aber auch die Begriffsbestimmung Bindings. Und zwar sieht er sich dazu zunächst gezwungen aus prinzipieller Gegnerschaft zu Binding, dessen Grundansicht „weder im Wortlaut noch in der Gesetzgebungsgeschichte eine Stütze hat, zudem auch praktisch nicht brauchbar ist und dogmatisch nicht durchgeführt werden kann." Zum andern ist es nach

[1]) Ammon, S. 78.
[2]) S. 402.
[3]) 11/412, 39/337, u. a. m.
[4]) I. S. 400.
[5]) S. 276.
[6]) H. Mayer, S. 279.

seiner Meinung unzulässig, das Wort „Verfügen" in seiner heutigen technischen Bedeutung zu verwenden, wie sie für das Bürgerliche Recht feststeht. Vor dem Bürgerlichen Recht habe aber das Wort überhaupt keine bestimmte juristische Bedeutung besessen. Wörtlich bedeute es zunächst nicht mehr, als daß mit einem Vermögensgegenstand irgend eine Maßnahme getroffen werde. Tatsächlich habe auch keine allgemeinere Wendung gewählt werden können, wenn man sich einmal auf Einzelverfügungen über einzelne Vermögensstücke habe beschränken wollen.

Was zunächst die Ansicht H. Mayers anbetrifft, so sind seine Argumente, mit denen er sie stützt, nicht durchweg stichhaltig. Wenn nämlich H. Mayer ausführt, daß bei Erlaß des Reichsstrafgesetzbuches die Bedeutung des Begriffes „Verfügung" noch keineswegs festgestanden habe, so weist demgegenüber Oetker[1]) mit Recht darauf hin, „daß dies zwar für die zivilistische Literatur zutreffen mag, daß aber in den Konkursordnungen das Wort schon technische Bedeutung hatte: Das Verwaltungs- und Verfügungsrecht betreffs der Masse geht auf den Konkursverwalter über; wenn der Verwalter Sachen der Masse sich zueignet, so ist das Masseschmälerung, nicht Verfügung über die Masse." Wenn fernerhin H. Mayer behauptet, daß an Stelle des Wortes „verfügen" in § 266 Ziff. 2 keine allgemeinere Wendung habe gewählt werden können, so ist dem entgegen zu halten, daß man die strafbare Handlung in den Objekten der Ziff. 2 in Anlehnung an die Terminologie der beiden andern Ziffern durchaus anders hätte bezeichnen können, z. B.: Bevollmächtigte, welche Forderungen und andere Vermögensstücke . . . zum Nachteil des Auftraggebers verwenden.

Ist demnach der Beweisführung, mit der H. Mayer die Anwendbarkeit des bürgerlich-rechtlichen Verfügungsbegriffes auf den Begriff der Verfügung in § 266 St. G. B. verneint, nicht schlechthin Folge zu leisten, so muß die Auslegung, die H. Mayer an Hand einzelner Rechtsverhältnisse[2]) dem Begriffe der Verfügung angedeihen läßt, Ablehnung finden, wenn er auch bloße Tathandlungen diesem Begriffe unterordnen will.[3]) Denn diese Auslegung des Verfügungsbegriffes würde mit dem Wesen der Untreue, daß hier als Mißbrauch rechtlicher Vertretungsmacht geschildert ist, kaum in Einklang zu bringen sein. Dasselbe muß aber auch vom Standpunkt der hier vertretenen Lehre für die oben geschilderte Auslegung des Verfügungsbegriffes durch das RG. gelten. Denn auch nach dieser Definition umfaßt der Begriff der Verfügung Handlungen rein tatsächlicher Art, wenn das RG. hierbei lediglich den Er-

[1]) a. a. O. S. 284, 290. Doch scheint Oetker im Ergebnis H. Mayer in der weiten Auslegung des Verfügungsbegriffes zuzustimmen.

[2]) H. Mayer vermeidet auch hier wieder eine allgemeine Definition des Verfügungsbegriffes, vgl. S. 277.

[3]) Dies tut H. Mayer, indem er die Handlung des § 246 St. G. B. als Verfügung betrachtet, vgl. S. 279.

folg nicht auch die Art des Handelns als ausschlaggebend angesehen wissen will. Als Mißbrauch rechtlicher Vertretungsmacht ist der Begriff der Verfügung schlechterdings nur in dem Sinne auszulegen, wie er ihn heute im Bürgerlichen Recht erlangt hat.[1]) Demnach ist unter dem Begriffe der Verfügung nur die Handlung zu verstehen, die „unmittelbar auf die Aufhebung, Uebertragung, Belastung oder Veränderung eines Rechts gerichtet ist, es bestehe denn die Veränderung lediglich in einer Erweiterung oder Verstärkung."[2])

Danach wird regelmäßig die Verfügung ein positives Handeln sein. Das ist jedoch nicht notwendige Voraussetzung. So stellt sich z. B. die unterlassene Geltendmachung eines Anspruchs des Auftraggebers mit der — beabsichtigten — Wirkung des Eintritts der Verjährung, sowie die in gleicher Weise absichtlich unterlassene Einlegung eines Rechtsmittels ebenfalls als Verfügung im oben bezeichneten Sinne dar.[3]) Dagegen fällt unter den Begriff der Verfügung nicht die verspätete Erfüllung oder die Nichterfüllung einer Forderung, da hierhin eine Veränderung in dem Verhältnisse des Auftraggebers zu dem betreffenden Vermögensstück in rechtlicher Beziehung nicht eintritt.[4])

Wie in Ziff. 1 und 3 muß die Verfügung des Bevollmächtigten über Forderungen und andere Vermögensstücke einen Vermögensnachteil des Auftraggebers auch tatsächlich zur Folge haben. Insofern unterscheidet sich Ziff. 2 nicht von den beiden anderen Ziffern des § 266, es kann daher auf die oben[5]) hierzu gemachten Ausführungen verwiesen werden.

§ 7. Objekt und Handlung in § 348 Abs. 1 d. E. v. 1930.

Ebenso wie bei der Frage nach den tauglichen Deliktssubjekten vermeidet § 348 Abs. 1 d. E. v. 1930 auch bei Objekt und Handlung die kasuistische Fassung der geltenden Untreuebestimmung und erblickt diese allgemein in dem „Mißbrauch der Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten", zum Nachteil des anderen.

Objekt der Untreue ist also nach § 348 Abs. 1 d. E. v. 1930 nunmehr das Vermögen in seiner Gesamtheit, eine Fassung, die durch den Wortlaut der neuen Gesetzesbestimmung einerseits notwendig bedingt war, die aber andererseits die ungerechtfertigte Einengung der Strafbarkeit, die vor allem, wie oben gezeigt, der Wortlaut des

[1]) und wie er vor Erlaß des R. St. G. B. bereits das Konkursrecht beherrschte.

[2]) Enneccerus I. S. 352, Binding I. S. 401.

[3]) So die allgemeine Meinung: Ammon, S. 79, Draheim, S. 50, Konrad, S. 41, Cartier, S. 26, Freudenthal, S. 110, Frank, Erl. III. zu § 266, Ebermayer Erl. 2 und Binding a. a. O. Anderer Meinung lediglich Hälschner, a. a. O. Bd. 2 S. 394, Merkel, a. a. O. S. 783. und Schütze a. a. O. S. 478, Nr. 9.

[4]) Binding a. a. O.

[5]) vgl. S. 34.

§ 266 Ziff. 2 St. G. B. mit sich brachte, beseitigen sollte. Wie im geltenden Recht muß auch de lege ferenda das Vermögen für den Täter ein fremdes sein.

Was des weiteren die Handlung anbetrifft, die § 348 Abs. 1 d. E. v. 1930 in dem „Mißbrauch der Befugnis über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten" normiert, so ist bereits bei der Behandlung des Wesens der Untreue de lege ferenda darauf hingewiesen worden, daß der Entwurf der durch Binding angeregten wissenschaftlichen Bewegung, die die Untreue auf das Gebiet rechtsgeschäftlicher Tätigkeit beschränkt wissen will, voll und ganz gefolgt ist. So wird denn auch in der Begründung[1]) zum Entw. v. 1927 hierzu ausgeführt:

„Die Handlung muß eine rechtsgeschäftliche sein; tatsächliche Einwirkungen auf fremdes Vermögen genügen nicht. Der Vormund, der das Haus seines Mündels verfallen, die Aecker verwildern läßt, kann unter Umständen wegen Sachbeschädigung bestraft werden; Untreue begeht er nicht."

Wie schon für das geltende Recht gefordert, muß auch de lege ferenda die Handlung gerade auf Grund des Verhältnisses vorgenommen worden sein, das dem Täter die Verfügungsbefugnis ermöglicht; dies kommt in dem Worte „Befugnis" nunmehr klar zum Ausdruck.

So auch die Begründung[2]):

„Die mißbrauchte Befugnis muß auf Gesetz oder Rechtsgeschäft beruhen, und zwar muß die Gesetzesvorschrift oder das Rechtsgeschäft gerade bezwecken, dem Täter eine solche Befugnis einzuräumen; nur dann ist der Grundgedanke des Untreuetatbestandes erfüllt."

Als bedauerliche Inkonsequenz hierzu aber muß es erscheinen, wenn auch die Begr. das Wort „verfügen" wieder im spezifisch strafrechtlichen Sinne verstanden wissen will. In der Begr.[3]) wird hierzu ausgeführt:

„Das Wort „verfügen" ist nicht in dem Sinne des BGB. zu verstehen, so daß der Täter eine dingliche Rechtsänderung an dem fremden Vermögen vornehmen müßte. Vielmehr genügt jede rechtsgeschäftliche Einwirkung auf fremdes Vermögen."

M. E. kommt gerade in der durch § 348 Abs. 1 A. E. v. 1930 gegenüber den bisherigen Fassungen der verschiedenen Entwürfe neu aufgenommenen Gegenüberstellung der Worte „über fremdes Vermögen zu verfügen" oder „einen anderen zu verpflichten" klar zum Ausdruck, daß der Entwurf dem Begriff „verfügen" die Auslegung zukommen lassen will, die das Bürgerliche Recht ihm angedeihen läßt.

[1]) S. 179.
[2]) a. a. O.
[3]) Gegenüber der bisherigen Rechtsprechung des RG. ist es bemerkenswert, daß der Begriff der Verfügung nunmehr wenigstens auf rechtsgeschäftliche Handlungen beschränkt wird.

Nun führt zwar die Begr.[1]) aus, daß die Worte „oder einen anderen zu verpflichten" nur deshalb eingefügt worden seien, „um jeden Zweifel darüber auszuschließen, daß auch die Begründung einer schuldrechtlichen Verpflichtung unter die Strafvorschrift des § 348 Abs. 1 fällt." Dem ist entgegenzuhalten, daß dieser Zweifel jedoch bisher durchaus begründet erscheinen mußte. Denn im Sinne des Bürgerlichen Rechts umfaßt der Begriff der Verfügung nicht die Eingehung einer Verpflichtung, „da durch diese kein subjektives Recht aufgegeben oder gemindert wird."[2]) Entschloß sich daher der Entw. v. 1930 zur Aufnahme der Wendung „oder einen anderen zu verpflichten", so gibt er m. E. dadurch zu erkennen, daß er den Begriff der Verfügung in der bürgerlich-rechtlichen Bedeutung des Wortes verstanden wissen will.

Wir werden also auch für die Untreuebestimmung des Entwurfs daran festzuhalten haben, daß unter dem „Mißbrauch der Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen" nur solche Handlungen des Untreuetäters zu verstehen sind, die einen unbefugten Gebrauch des gesetzlich oder rechtsgeschäftlich eingeräumten Rechtes eine dingliche Rechtsänderung an fremden Vermögen vorzunehmen, enthalten, neben die nunmehr aber ebenbürtig auch diejenigen Handlungen des Täters zu stellen sind, die einen Mißbrauch des Rechtes darstellen, einen anderen schuldrechtlich zu verpflichten.

Der Untreuetäter muß nach § 348 Abs. 1 d. E. v. 1930 die ihm eingeräumte Verfügungsbefugnis „mißbrauchen", das heißt, er muß seine Stellung in einer Art und Weise ausüben, die in Widerspruch zu den ihm obliegenden Aufgaben steht.[3]) Als maßgebend für die Bestimmung der Aufgaben wird man den Willen der Parteien anzusehen haben.

Im übrigen steht auch hier — wie im geltenden Recht die pflichtwidrige Unterlassung dem positiven Handeln gleich.[4])

Hier wie im geltenden Recht endlich muß der Mißbrauch der Befugnis für den andern, auf dessen Vermögen der Täter einwirken kann, nachteilig sein, und zwar muß es sich, wie ja nun in der Wortfassung des § 348 Abs. 1 d. E. v. 1930 unzweideutig zum Ausdruck kommt, stets um einen Vermögensnachteil handeln. Insoweit ist der Entwurf von dem geltenden Recht nicht abgewichen; es kann daher auf die oben[5]) über das geltende Recht hierzu gemachten Ausführungen verwiesen werden.

Verlangt aber § 348 Abs. 1 d. E. v. 1930 den tatsächlichen Eintritt eines Vermögensnachteils, so kommt darin, zugleich auch in dem Mangel einer besonderen Bestimmung (vgl. §§ 11 Abs. 2, 26 Abs. 1 Satz 2 d. E. v. 1930), zum Ausdruck, daß der Versuch der Untreue auch de lege ferenda straflos bleibt.

[1]) S. 179.
[2]) Enneccerus I 1 S. 345.
[3]) Olshausen, S. 1472.
[4]) H. Mayer, S. 329, Begr. S. 180.
[5]) vgl. S. 34.

IV. Untreue nach § 266 St. G. B. und § 348 Abs. 1 d. E. v. 1930 verglichen nach: § 8 subjektivem Tatbestand.

Der subjektive Tatbestand ist in allen drei Fällen des § 266 St. G. B. gleich geregelt und besteht in dem „absichtlichen Handeln zum Nachteil." Das Gesetz erfordert nämlich gleichmäßig, daß das „Handeln zum Nachteil" in Ziff. 1, „Das Verfügen zum Nachteil" in Ziff. 2 und endlich das „Benachteiligen" in Ziff. 3 ein „absichtliches" sei.

Zu dem bekannten Streit nun, ob der Begriff „absichtlich" — mit dem überwiegenden Teil der kriminalistischen Schriftsteller — dem Begriff „vorsätzlich" gleichzustellen ist, oder ob er über den Vorsatz hinausgehend den Beweggrund zur Tat darstellt, ist hier nicht näher Stellung zu nehmen. Gerade bei der Untreue nämlich ist es — „merkwürdiger-Weise" wie Bindung[1]) sagt — nahezu unbestritten[2]), daß „absichtlich" hier lediglich im Sinne von „vorsätzlich" gebraucht ist. Es muß uns dies jedoch ganz natürlich erscheinen.

Denn § 266 St. G. B. selbst entscheidet ja eigentlich die Frage zu Gunsten der herrschenden Meinung. Faßt man nämlich „absichtlich" hier abweichend von der gemeinen Meinung im Sinne eines über den Vorsatz hinausgehenden, den Täter bestimmenden Beweggrundes, dann würde für den in § 266 Abs. 2 normierten qualifizierten Fall der Untreue, in dem das Gesetz durch den Satz „um sich . . . . einen Vermögensvorteil zu verschaffen" klar zum Ausdruck bringt, daß der Täter hier mit Rücksicht auf den Vermögensvorteil zu der benachteiligenden Handlung bestimmt werden muß, kaum noch etwas übrig bleiben.[3]) „Denn es ist der Fall, daß der Täter den Nachteil des Verletzten und den eigenen Vermögensvorteil oder den eines anderen als selbständige Zwecke jeden um seiner selbst willen verfolgt, kaum denkbar."[4])

Wollte man daher in Konsequenz der gegnerischen Ansicht beide Momente als gleich notwendig für § 266 Abs. 2 erachten, so würde man in den meisten Fällen auf Freisprechung erkennen müssen, in allen den Fällen nämlich, in welchen der Täter, wie es ja die Regel ist, lediglich aus dem Streben nach eigenem Vorteil zur Tat bestimmt wird. Es kann aber unmöglich der Wille des Gesetzgebers gewesen sein, den ungleich häufigeren Fall, wo der Täter lediglich durch die Rücksicht auf den eigenen Vermögensvorteil bestimmt wurde, und bei dem ihm also die Schädigung des Verletzten lediglich Mittel zum Zweck ist, einerseits mit höherer Strafe zu bedrohen, ihn andererseits aber durch eine einengende Formulierung in der Mehrzahl der Fälle gänzlich straflos zu machen.

[1]) S. 402.
[2]) Frank, S. 553, Engelhardt, S. 45, Freudenthal, S. 117, Olshausen, S. 1469. Draheim, S. 53, RG. 16/82, 26/137, 53/194.
[3]) Frank, S. 553.
[4]) Draheim, S. 54.

Der Täter braucht demnach die benachteiligende Wirkung seiner Handlungsweise nur zu kennen und zu wollen, erstrebt braucht die Benachteiligung nicht zu sein.

Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit der Handlung, als generelles Merkmal des Dolus, ist auch bei der Untreue erforderlich. Dieses wird — hier wie überall — nicht durch den Glauben an sofortige oder alsbaldige Ersatzleistung und die Bereitschaft hierzu ausgeschlossen. „So wenig die Tatsache der Ersatzleistung objektiv für den Tatbestand des bereits vorher vollendeten Delikts von Bedeutung ist, ebenso wenig kann die bloße Absicht künftiger Ersatzleistung die objektiv rechtswidrige Tat zu einer subjektiv berechtigten machen". [1])

Lediglich dann kann eine solche Absicht für den subjektiven Tatbestand der Untreue von Bedeutung sein, wenn sie zugleich von der begründeten — wenn auch irrigen — Annahme des Täters begleitet wird, der Machtgeber werde bei Kenntnis der Ersatzabsicht und Fähigkeit hierzu mit der Vornahme der benachteiligenden Verfügung einverstanden sein. (§ 59 St. G. B.) Aber auch hierbei wird man nicht zu weit gehen dürfen. So kann im Falle des § 266 Ziff. 2 St. G. B. auch eine Kaution, die der Machtgeber in Händen hat, und das Bewußtsein des Bevollmächtigten, daß der Machtgeber sich jeder Zeit aus ihr Ersatz verschaffen kann, das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit allein nicht ausschließen. [2])

Ist fernerhin der Begriff „absichtlich" in § 266 St. G. B. im Sinne von „vorsätzlich" auszulegen, so genügt hier wie sonst dolus eventualis für die Strafbarkeit. [3])

§ 9: Der subjektive Tatbestand des § 348 Abs. 1 d. E. v. 1930.

In Abweichung von dem geltenden Recht fordert § 348 Abs. 1 für den inneren Tatbestand der Untreue, daß der Täter seine Verfügungsbefugnis über fremdes Vermögen „wissentlich" mißbraucht hat. Nach der Terminologie des Entwurfs (§ 18 Abs. 1) bedeutet dies, daß zu einer Verwirklichung des Tatbestandes der Untreue der bedingte Vorsatz nicht mehr genügt, dieser künftighin vielmehr ein direkter sein muß. Und zwar sah sich der Entwurf, wie aus der Begr. [4]) hervorgeht, zu dieser Neuregelung aus folgender Erwägung heraus gezwungen:

Häufig liege die Sache bei den von der Strafdrohung des § 348 Abs. 1 betroffenen Rechtsverhältnissen so, „daß der Täter etwas aufs Spiel setzen muß, um dem Interesse des Machtgebers zu dienen." Ließe man eine Bestrafung schon dann eintreten, wenn der Vertreter in dem bloßen Bewußtsein von dem möglichen nachteiligen Erfolg seiner Handlung für das Vermögen seines Machtgebers tätig geworden ist, so würden gerade gewissenhafte und

[1]) RG. 21/364.
[2]) Recht 20/Nr. 870.
[3]) Freudenthal, S. 117, Ammon, S. 52.
[4]) S. 180.

pflichttreue Personen ihre Mitwirkung bei zweifelhaften und verwickelten Rechtsgeschäften versagen. Infolge der Erweiterung des Täterkreises und der unter den Tatbestand fallenden Handlungen, wie sie der Entwurf vorsehe, würde sich aber dieser Mangel besonders empfindlich bemerkbar machen.

Das Erfordernis des „wissentlichen" Handelns in § 348 Abs. 1 wird aber von der Begr.[1]) weiterhin, wie folgt, begrenzt:

„Nach dem Entwurf soll der bedingte Vorsatz insoweit ausgeschlossen sein, als es auf den Mißbrauch der Verfügungsbefugnis ankommt; Untreue soll nur vorliegen, wenn der Täter weiß und will, daß seine Verfügung pflichtwidrig ist, dem Interesse des Machtgebers nicht entspricht. Für die Wirkung des Mißbrauchs der Verfügungsbefugnis, die Vermögensbeschädigung, soll dagegen der bedingte Vorsatz genügen. Wer weiß und will, daß seine Handlung pflichtwidrig ist, wer seine Verfügungsbefugnis also wissentlich mißbraucht, der verdient die Strafe der Untreue auch dann, wenn er eine Schädigung des Vermögens seines Machtgebers zwar nicht will, aber doch für möglich hält und mit ihrem Eintritt einverstanden ist."

Das Merkmal der „Wissentlichkeit" ist demnach nur für die Handlung selbst zu fordern, bei der nach § 348 Abs. 1, § 18 Abs. 1 bedingter Vorsatz nicht mehr genügt. Für den Erfolg der Handlung, den Eintritt des Vermögensschadens hingegen soll dolus eventualis wie sonst allgemein (vgl. § 17 d. E. v. 1930) ausreichend sein.

Mit Recht werden in der Literatur[2]) Bedenken gegen diese Zweiteilung des subjektiven Tatbestandes der Untreue de lege ferenda erhoben.

So wird zunächst geltend gemacht, daß es in der Praxis in der Mehrzahl der Fälle sehr schwierig sein werde, die Verschiedenheit des Vorsatzes bezüglich der Handlung und des Erfolges festzustellen. So werde vor allem der Beweis der Wissentlichkeit bezüglich der Handlung sehr schwer zu erbringen sein; das aber würde hinwiederum zu einer gänzlich unerwünschten Einschränkung der Anwendungsmöglichkeit unserer Bestimmung führen.

In der Tat werden sich diese Bedenken nicht von der Hand weisen lassen, und die Schäden, die durch eine verringerte Anwendungsmöglichkeit unseres Gesetzes entstehen, sind ungleich größer als der Vorteil, den das Erfordernis des wissentlichen Handelns nach Ansicht der Begr. bringt. Eine unerwünschte Ausdehnung der Strafbarkeit, wie die Begr. sie befürchtet, würde m. E. auch ohne das Erfordernis der Wissentlichkeit nicht eintreten. Denn glaubt der Vertreter, durch die Vornahme der Handlung dem Interesse des Machtgebers zu dienen, und konnte er auf

[1]) a. a. O.
[2]) H. König, S. 75.

Grund der tatsächlichen Verhältnisse mit dem positiven Erfolg des Geschäftes mit Sicherheit rechnen, so wird es ihm in diesem Falle regelmäßig an dem Bewußtsein des Mißbrauchs oder aber an dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit seiner Handlung fehlen. Denn er wird ja in diesem Falle stets annehmen müssen, daß der Machtgeber bei Kenntnis der Sachlage mit seiner Handlung einverstanden sein würde, nehme das Geschäft einen Ausgang, welchen es wolle. Eine Bestrafung des Täters wegen Untreue wäre mithin schon aus diesem Grunde nicht möglich.

Hat der Täter aber das Bewußtsein, daß seine Handlung ein Risikogeschäft darstellt, und mußte er nach Lage der Dinge einen schädigenden Ausgang des Geschäfts eher in Rechnung stellen als einen vorteilhaften, dann hat er eben das Bewußtsein des Mißbrauchs und ist, ohne daß ein ersichtlicher Grund dagegen spricht, strafbar.

Deshalb erscheint es angebracht, den Begriff „wissentlich" im subjektiven Tatbestand des § 348 Abs. 1 fallen zu lassen, so daß Vorsatz, der nunmehr gemäß § 17 stets auch den bedingten Vorsatz umfaßt, sowohl für Handlung als Erfolg genügen würde. [1])

V. Untreue nach § 266 St. G. B. und § 348 Abs. 1 d. Entw. v. 1930 verglichen nach Strafen.

§ 10: Die Strafe in § 266 St. G. B.

Im geltenden Recht ist die Bestrafung der Untreue grundsätzlich der den übrigen Vermögensdelikten gleichgestellt und ist Gefängnisstrafe schlechthin, so daß nach § 16 St. G. B. diese also die Dauer eines Tages bis zu fünf Jahren umfassen kann. Als Nebenstrafe kann auf den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden, aber nur, wenn die Dauer der erkannten Strafe mindestens drei Monate erreicht. (§ 32 St. G. B.) An Stelle einer an sich verwirkten Gefängnisstrafe kann, falls die Voraussetzungen des § 27 b St. G. B. gegeben sind, auf Geldstrafe erkannt werden. Gefängnis und Geldstrafe kann in dem qualifizierten Fall des § 266 Abs. 2 St. G. B. verhängt werden.

Insbesondere: Der qualifizierte Fall des § 266 Abs. 2 St. G. B.

Er liegt dann vor, wenn der Täter bei Begehung der Tat die Absicht, „sich oder einem anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen", gehabt hat.

Unbestritten ist hierbei, daß der Begriff „Vermögensvorteil" hier wie in § 263 St. G. B. zu verstehen ist. Demnach muß der Täter — nach der hier vertretenen Anschauung — den einseitigen

[1]) a. M. Herrmann, S. 42.

Erwerb von Vermögensrechten oder aber die Befreiung von Vermögenspflichten für sich oder einen anderen erstrebt haben.[1]).

Bestritten dagegen ist, ob der erstrebte Vermögensvorteil ein rechtswidriger sein müsse oder nicht. Binding[2]) und Merkel[3]) bejahen dies, ersterer deshalb, weil nach nächstliegender Auslegung der Nachteil des Mündels, des Auftraggebers usw. in den Vorteil des Vormundes usw. verwandelt werden soll.

Der bei weitem überwiegende Teil der kriminalistischen Schriftsteller[4]) dagegen hält Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils nicht für notwendige Voraussetzung einer Bestrafung aus § 266 Abs. 2 St. G. B.

Dem ist zuzustimmen. Zunächst einmal spricht für diese Ansicht schon allein der Umstand, daß in § 266 Abs. 2 St. G. B. schlechthin von „Vermögensvorteil" gesprochen ist, im Gegensatz zu Betrug und Erpressung, bei denen das Erfordernis der Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils ausdrücklich hervorgehoben ist. Wenn der Gesetzgeber es jedoch bei Betrug und Erpressung für notwendig erachtet, das Moment der Rechtswidrigkeit besonders hervorzuheben, würde er es zweifellos auch hier getan haben, wollte er die Rechtswidrigkeit des erstrebten Vorteils als zum Tatbestand gehörig erachtet wissen. (vgl. auch § 268 St. G. B.)

Zum andern aber wird Freudenthal[5]) beizupflichten sein, der — besonders gegenüber Binding — ausführt, daß auch eine rechtswidrige Benachteiligung in einen rechtmäßigen Vorteil umgewandelt werden könne.

In diesem Zusammenhang bleibt noch zu erwähnen, daß das geltende Recht einen privilegierten Fall der Untreue — etwa in entsprechender Regelung der §§ 247, 263 Abs. 4 — nicht kennt.

§ 11. Die Strafe der Untreue in § 348 Abs. 1 d. Entw. v. 1930.

Die Strafdrohung der neuen Untreuebestimmung hält sich grundsätzlich im Rahmen der des geltenden Rechtes, in dem sie den Täter der Untreue schlechthin mit Gefängnis bestraft. Nach § 35 Abs. 2 d. Entw. v. 1930 ist dies nunmehr eine Gefängnisstrafe von mindestens einer Woche und höchstens 5 Jahren. Bei mildernden Umständen, die dem Täter nach Maßgabe der Vorschriften der §§ 73, 74 leg. cit. ganz allgemein zugebilligt werden können, ist unter den Voraussetzungen des § 73 Satz 5 die Verhängung einer Geldstrafe zulässig. Dem gegenüber ist eine Annahme besonders leichter Fälle, in denen das Gericht gemäß § 76 leg. cit. ganz von einer Bestrafung absehen kann, da im Gesetz nicht besonders erwähnt, unmöglich; wohl aber eine Annahme besonders schwerer

[1]) Binding, S. 362.
[2]) S. 403.
[3]) H. H. III, 951.
[4]) Frank, S. 567, Freudenthal, S. 112, Ammon, S. 84, u. a. m.
[5]) S. 118.

Fälle i. S. d. § 77 leg. cit. In Abs. 3 des § 348 ist hierfür eine Strafschärfung bis zu fünf Jahren Zuchthaus vorgesehen.

Der Entwurf kennt nunmehr auch einen privilegierten Fall der Untreue, indem er in § 349 bestimmt, daß die Untreue, wenn sie gegen Angehörige, Vormünder, Pfleger etc. begangen ist, nur auf Verlangen des Verletzten verfolgt wird. Hier ist auch die Annahme besonders leichter Fälle i. S. d. § 76 in Abs. 2 dieser Bestimmung ausdrücklich zugelassen.

VI. § 12. Der zweite Untreuefall des Entwurfs von 1930 in § 348 Abs. 2.

Die Erweiterung des Täterkreises und der unter den neuen Untreuetatbestand fallenden Handlungen, wie sie in § 348 Abs. 1 d. Entw. v. 1930 zum Ausdruck kommt, hat aber eine empfindliche Lücke des geltenden Rechts nicht zu schließen vermocht, als auch diese Bestimmung dem Vermögen des Machtgebers nachteilige Handlungen des Täters nicht umfaßt, die dieser an Vermögensstücken vornimmt, welche zwar nach Maßgabe zivilrechtlicher Bestimmungen Eigentum des Täters geworden sind, bei denen aber der Täter auf Grund des Innenverhältnisses zur Uebertragung des Eigentums auf den Machtgeber verpflichtet ist.

M. a. W., § 348 Abs. 1 umfaßt, gleich wie § 266 St. G. B., nicht die Fälle, in denen der Täter auf Grund eines verdeckten Stellvertretungsverhältnisses — gedacht sei hier insbesondere des einzigen Falles des gesetzlich geregelten indirekten Stellvertretungsverhältnisses beim Kommissionär (§§ 383 ff. HGB.) — sowie ebenfalls nicht die Fälle, in denen der Täter auf Grund eines fiduziarischen Rechtsgeschäftes Eigentümer einer Sache oder Inhaber einer Forderung geworden ist. Dies kommt in § 348 Abs. 1 — abgesehen von der begrifflichen Umschreibung des Täterkreises und der Handlung selbst — vor allem darin zum Ausdruck, daß auch er eine Verfügung des Täters über f r e m d e s Vermögen erfordert. In der Wissenschaft ist daher von jeher die Frage besonders erörtert worden, ob es nicht möglich sei, einen Untreuetatbestand zu schaffen, der auch diese Fälle, deren Strafwürdigkeit ganz unbestreitbar ist, umfaßt.[1])

Angeregt durch diese wissenschaftliche Tätigkeit fügte der Amtl. Entw. v. 1925 dem neuen Tatbestand der Veruntreuung des § 300 Abs. 1 in Abs. 2 die im Reichsrecht bisher nicht vorgebildete Bestimmung[2]) hinzu, daß dem Täter der Veruntreuung gleich bestraft wird, „wer anvertrautes Gut, insbesondere Geld, in der Absicht, sich oder einen Dritten damit unrechtmäßig zu bereichern, verbraucht oder verausgabt."

Durch diese Maßnahme wurde aber der Entw. v. 1925 den Forderungen der Wissenschaft nur zum Teil gerecht. Es erhob sich

[1]) So vor allem Cartier, S. 144, Leopold, S. 42 ff., H. Mayer, S. 284 ff.
[2]) vgl. jedoch §§ 181, 183 d. Oester. St. G. B. v. 1852.

nun nämlich, — abgesehen von den Einzelheiten, — die prinzipielle Frage: Verstößt es nicht gegen die Systematik der Vermögensverbrechen unseres Strafrechts, wenn man den Aneignungsdelikten des Diebstahls, der Unterschlagung und Veruntreuung, die ihrem Charakter nach als wesentlichstes Tatbestandsmerkmal die „Fremdheit" der Sache erfordern, wenn man nunmehr diesen einen Tatbestand hinzufügt, der dieses wesentliche Charakteristikum nicht aufweist?'

Diese schon von Leopold [1]) de lege ferenda aufgeworfene Frage wurde bei der Kritik des Amtl. Entw. v. 1925 erneut von H. Mayer [2]) und Mannheim in den krit. Bespr. von Aschrott-Kohlrausch [3]) behandelt, die beide darin übereinstimmen, daß es sich bei § 300 Abs. 2 Amtl. Entw. v. 1925 um einen „echten Untreuetatbestand" handele, weshalb es sich empfehle, diesen Tatbestand statt der Unterschlagung der Untreuebestimmung des Entwurfs anzugliedern.

Auch diesen Anregungen der Wissenschaft ist der Entwurf von 1930 gefolgt, indem er den neuen Veruntreuungstatbestand des § 300 Abs. 2 nunmehr als „echten Untreuetatbestand" der Bestimmung des § 348 Abs. 1 als Abs. 2 hinzufügte.

Man wird jedoch auch diese Regelung nur mit Vorbehalt begrüßen dürfen. Denn das eine wird man auch hierbei nicht übersehen dürfen, daß dieser Abs. 2 [4]) im neuen Untreuetatbestand systematisch betrachtet auch nicht recht am Platze ist, da zwischen den Bestimmungen des § 348 Abs. 1 und der in Abs. 2 eine innere Wesensverwandtschaft nicht besteht. So unterscheidet sich § 348 Abs. 2 von dem eigentlichen Untreuetatbestand des Abs. 1 in Fragen von grundsätzlicher Bedeutung. Denn während in Abs. 1 unseres Gesetzes der Verletzte durch eine in seinem Namen getroffene und ihn r e c h t l i c h bindende Verfügung des tauglichen Subjekts geschädigt wird, wird er es hier durch eine Handlung zu der der Täter n i c h t bevollmächtigt ist. [5])

Daraus folgt einmal, daß § 348 Abs. 2 als Täter — im Gegensatz zu Abs. 1 — nicht notwendig stets einen Bevollmächtigten erfordert, es geht daraus aber auch fernerhin hervor, daß die Handlung des Abs. 2 — ebenfalls im Gegensatz zu Abs. 1 § 348 — schlechterdings nicht eine rechtlicher Natur sein muß, sondern auch Handlungen t a t s ä c h l i c h e r Art umfaßt, wie es ja auch in dem Worte „verwenden" in Abs. 2 klar zum Ausdruck kommt. Die Gefahr liegt daher sehr nahe, daß der endlich nunmehr auch gesetzgeberisch gewonnene Begriff des Wesens der Untreue durch die

[1]) Leopold, S. 53.
[2]) H. Mayer, S. 330.
[3]) v. Aschrott — Kohlrausch, S. 359, vgl. auch Herrmann, S. 47.
[4]) „Ebenso wird bestraft, wer, abgesehen von den Fällen der §§ 333, 334, Geld oder anderes Gut, das ihm anvertraut ist, oder das er für einen anderen empfangen hat, zum Nachteil des Berechtigten für sich oder einen Dritten verwendet."
[5]) Begr. zum Amtl. Entw. v. 1925, S. 156 ff.

Zusammenstellung mit dem anders gearteten Tatbestand des Abs. 2 wieder an Klarheit verliert.

Wenden wir uns nun dieser Bestimmung im einzelnen zu, so ist — wie schon kurz erwähnt, — einmal wesentliche Voraussetzung, daß der Täter nach den Vorschriften des Bürgerlichen Rechts Eigentümer des anvertrauten Gutes geworden ist, das er zum Nachteil des Berechtigten verwendet, oder aber, „es muß die Tatsache oder der Zeitpunkt des Uebergangs des Eigentums auf den Täter nicht mit Sicherheit feststellbar sein",[1]) (wohl aber eine Vermutung für den Eigentumsübergang bestehen).

Die Strafvorschrift des § 348 Abs. 2 ergreift somit nur diejenigen Fälle, die nicht dem Diebstahls- oder Unterschlagungstatbestand[2]) unterzuordnen sind, was ja auch das Gesetz selbst in den Worten „abgesehen von den Fällen der § 333, 334" klar zum Ausdruck bringt.

Andererseits aber muß zweifelsfrei feststehen, daß das „Geld oder andere Gut" dem Täter nur „anvertraut" ist.

Zu der Feststellung nun, was unter dem Begriff „anvertraut" zu verstehen ist, bedarf es zunächst eines Eingehens darauf, welcher Maßstab dem Begriff „Gut" anzulegen ist. Die Ausdrucksweise „Gut" läßt erkennen, daß § 348 Abs. 2 das Angriffsobjekt nicht auf die körperliche bewegliche Sache beschränkt wissen will; sie gibt uns vielmehr die Möglichkeit, auch Werte, die nicht Sachqualität haben, insbesondere also Forderungen, als mögliche Angriffsobjekte anzusehen. [3]) Daraus folgt für den Begriff des „Anvertrauens" zunächst einmal, daß der Täter nicht notwendig den Besitz an dem Gut erlangt haben muß, da eben das Handlungsobjekt in § 348 Abs. 2, wie auch die Begr. [4]) ausdrücklich hervorhebt, nicht mehr auf Gegenstände mit Sachqualität beschränkt ist, mithin auch Rechte umfaßt, an denen aber ein Besitz schlechterdings undenkbar ist. Andererseits kommt nach dem Sprachgebrauch in dem Worte „Anvertrauen" zum Ausdruck, daß dem Täter das freie Verfügungsrecht über das Gut entzogen ist, dieses vielmehr neben ihm auch einem anderen, der an dem Gute auf Grund der Vorschriften des Obligationenrechts berechtigt ist, zusteht. Der Begriff des „anvertrauten Gutes" läßt sich demnach für § 348 Abs. 2 etwa dahin definieren: Als „anvertraut" ist dem Täter das Gut dann anzusehen, wenn es ihm von einem anderen in dem Vertrauen überlassen worden ist, der Täter werde es dauernd zur Verfügung des an dem Gut obligatorisch Berechtigten halten, oder es einer von diesem gewählten Zweckbestimmung zuführen. [5])

---

[1]) Begr. S. 180.

[2]) nunmehr auch dem Tatbestand der „unberechtigten Aneignung". (§ 334 d. Entw. v. 1927.)

[3]) Begr. S. 180.

[4]) a. a. O.

[5]) Aehnlich auch Binding, S. 278, Frank, S. 506, Draheim, S. 26 RG. 11/85, 19/239.

Die Streitfrage, ob das Gut gerade von dem an ihm Berechtigten dem Täter anvertraut sein muß, oder ob es für den Begriff des anvertrauten Gutes genügt, wenn es ein Dritter dem Täter mit der Verpflichtung zur Herausgabe an den Berechtigten überlassen hat, entscheidet § 348 Abs. 2 durch die Wendung „oder das er für einen Dritten (sc. den Berechtigten) empfangen hat" ausdrücklich zu Gunsten der zweitgenannten Ansicht.

Als T ä t e r kommen auf Grund obiger Definition zunächst der Ein- und Verkaufskommissionär, fernerhin der Treuhänder (Fiduziar) in Frage, der Kreis ist aber auch auf all diejenigen Personen auszudehnen, die auf Grund eines nach außen hin nicht erkennbaren Stellvertretungsverhältnisses Eigentum an dem Gut erworben haben, in Ansehung dessen sie auf Grund des Innenverhältnisses zur Herausgabe und Eigentumsverschaffung an den wirklich Berechtigten verpflichtet sind. [1])

Die H a n d l u n g selbst besteht nach § 348 Abs. 2 in dem „Verwenden" des anvertrauten Gutes durch den Täter für sich oder einen Dritten zum Nachteil des Berechtigten. Auch in dieser Fassung unseres Gesetzes kommt — im Gegensatz zu § 300 Abs. 2 des Amtl. Entw. v. 1925, der die Handlung nur in dem „Verbrauchen" und „Verausgaben" erblickte — klar zum Ausdruck, daß das Angriffsobjekt nicht mehr auf bewegliche körperliche Sachen (Fungibilien) beschränkt ist. Denn unter dem Begriff „verwenden" ist nach dem Sprachgebrauch schlechterdings jede Handlung des Täters an jedem beliebigen Vermögensgegenstand zu verstehen, sofern sie für den Berechtigten einen Nachteil zur Folge hat.

Dieser Nachteil muß auf Seiten des Berechtigten auch tatsächlich eingetreten sein, nur dann ist der Tatbestand des § 348 Abs. 2 erfüllt. Insofern unterscheidet sich § 348 Abs. 2 nicht von Abs. 1, sodaß also hier wie dort der Versuch straflos bleibt.

In subjektiver Hinsicht endlich erfordert § 348 Abs. 2 d. Entw. v. 1930 vorsätzliches Handeln des Täters schlechthin. Nach der Definition des § 17 leg. cit. muß demnach der Täter gewußt haben, daß es sich bei dem Angriffsobjekt um „anvertrautes" Geld oder Gut handelte, und er muß fernerhin mit Willen dieses in solcher Eigenschaft für sich oder einen Dritten verwendet haben. Nach § 17 genügt hier also auch ein Handeln des Täters mit dolus eventualis, da das Gesetz hier wissentliches Handeln nicht erfordert. Gleichwie in § 348 Abs. 1 ist auch in § 348 Abs. 2 Bereicherungsabsicht des Täters nicht erforderlich. [2])

Was endlich die Strafe des § 348 Abs. 2 anbetrifft, so ist auch sie durch die Worte „Ebenso wird bestraft — — —" der des § 348 Abs. 1 gleichgestellt.

---

[1]) Die Begr. (S. 180) wählt hier als Beispiel den Kellner, Hausverwalter und den Lohnkutscher.

[2]) Im Gegensatz zu § 300 Abs. 2 des Amtl. Entw. v. 1925.

C. Rückblick.

Zusammenfassend kann gesagt werden, daß die in § 348 Abs. 1 d. Entw. v. 1930 vorgesehene Regelung des Untreuetatbestandes eine erhebliche Vereinfachung der geltenden Untreuebestimmung enthält, wie sie vor allem in der Beseitigung der Kasuistik und in der Normierung eines einheitlichen Untreuetatbestandes mit allen sich daraus ergebenden Folgen zum Ausdruck kommt. Der in § 348 Abs. 1 d. Entw. v. 1930 vorgesehene Untreuetatbestand dürfte daher, da in ihm auch das Wesen der Untreuehandlung in klarer Form zum Ausdruck kommt, den Abschluß der Entwicklung des Untreuedeliktes darstellen und dürfte m. E. auch in den Grundzügen so beizubehalten sein.

Was Einzelheiten anbetrifft, so würde es sich m. E. empfehlen, im subjektiven Tatbestand den Begriff „wissentlich" fallen zu lassen, da er eine erhebliche Einschränkung des Anwendungsbereichs unseres Gesetzes notwendig mit sich bringt, eine Tatsache, die durch die Neufassung des Untreuedeliktes aber gerade vermieden werden sollte.

Was fernerhin den Fall des § 348 Abs. *2* anlangt, so erscheint seine Eingliederung in den Untreuetatbestand verfehlt. Es kann nicht anerkannt werden, daß es sich bei ihm um einen „echten Untreuefall" handelt, wie es in der Literatur [1]) z. T. behauptet wird. Vielmehr unterscheidet sich dieser Tatbestand von dem des echten Untreuetatbestandes des § 348 Abs. 1 in grundlegender Beziehung, sowohl was die Voraussetzungen für die Tätereigenschaft als auch die Begehungsart selbst angeht. Allerdings wäre auch seine Eingliederung in den *26.* Abschnitt d. Entw. (Diebsthal, und Unterschlagung), wie sie der Amtl. Entw. v. 1925 in § 300 Abs. *2* vorsah, aus den oben [2]) hierzu erwähnten Gründen abzulehnen. M. E. wäre § 348 Abs. *2* am besten in den 31. Abschnitt d. Entw. v. 1930: „Rechtsvereitelung" einzugliedern. Denn wer anvertrautes Gut für sich verwendet, so daß der an dem Gut obligatorisch Berechtigte seine Forderung gegen ihn nicht eintreiben kann, vereitelt dadurch ein Forderungsrecht des Berechtigten.

---

[1]) So H. Mayer, S. 330.
[2]) vgl. S. 49.

Lebenslauf.

Am 1. Juni 1905 als Sohn des prakt. Arztes, Sanitätsrat Dr. Albin Robota, in Oberglogau OS. geboren, besuchte ich zunächst die Höhere Knabenschule in Oberglogau, von 1920 ab das Staatl. St. Matthiasgymnasium in Breslau, an welchem ich Ostern 1924 die Reifeprüfung ablegte. Im Sommersemester 1924 begann ich das Rechtsstudium an der Universität in Freiburg (Breisgau), setzte es im Wintersemester 1925/26 an der Universität Berlin fort und beendete es an der Universität in Breslau. Am 8. Februar 1930 bestand ich am Oberlandesgericht in Breslau das Referendarexamen, am 16. Mai 1930 an der Universität in Breslau die mündliche Doktorprüfung. Zur Zeit beendige ich den juristischen Vorbereitungsdienst am Oberlandesgericht in Breslau.

Breslau, im März 1933.

Bernd Robota.